

EFFECTOS DEL USO DE LA APLICACIÓN “WHATSAPP” EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES

M^a JOSÉ CERVILLA GARZÓN

Pfra. Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras Clave: Relaciones laborales; nuevas tecnologías; “whatsapp”

El objeto del presente estudio se centra en el análisis de la doctrina judicial que está resolviendo las principales cuestiones que se están planteando en relación al uso del servicio de mensajería “whatsapp” en el ámbito de las relaciones laborales. Y ello en aras a determinar que los importantes efectos que el uso del mismo está teniendo en la relación de trabajo y la ausencia, en muchos casos, de una doctrina judicial uniforme, hacen aconsejable un replanteamiento del contenido de las normas jurídico-laborales y una mayor atención por parte de los agentes sociales en la negociación colectiva. Así, las posibilidades del empresario en cuanto a prohibición u obligación para los trabajadores de poseer dispositivos móviles, el valor probatorio que se va a otorgar a las conversaciones mantenidas a través de esta aplicación, la posible trasgresión de la buena fe contractual que se puede derivar de su uso o la posibilidad de que pueda ser aceptado como cauce para comunicar la finalización de la relación de trabajo, necesitan de un marco regulatorio que contribuya a limitar los posibles abusos empresariales y a la creación de mecanismos de información al trabajador sobre sus efectos.

ABSTRACT

Key Words: Labour relations; new technologies; “whatsapp”

The purpose of this study focuses on the analysis of judicial doctrine that is solving the major issues that are being raised regarding the use “whatsapp” in the field of labor relations. And this in order to determine that the important effects that the use of it is having on the employment relationship and the absence, in many cases, a uniform judicial doctrine, make it advisable to rethink the content of labor law standards and greater attention from the social partners in collective bargaining. The possibilities of the employer regarding prohibition or obligation for workers to own mobile devices, the probative value to be granted to the discussions through this application, the possible transgression of contractual good faith derivable use or the possibility that it can be accepted as a channel to communicate the end of the working relationship, need a regulatory framework that contributes to limit possible corporate abuses and the creation of mechanisms for information workers about their effects.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIONES CONCEPTUALES Y DIFERENCIA CON OTRAS VÍAS DE COMUNICACIÓN RELACIONADAS CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS
2. LA PROHIBICIÓN U OBLIGACIÓN DE UTILIZAR UN TELÉFONO MÓVIL EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO
3. LA TRASGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL
4. EL EJERCICIO DEL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO A TRAVÉS DEL “WHATSAPP”
5. VALOR PROBATORIO DE LOS MENSAJES EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL
 - 5.1. Obtención de la prueba: incidencia en el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones
 - 5.2. Aportación de la prueba al proceso y valoración judicial de la misma
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIONES CONCEPTUALES Y DIFERENCIA CON OTRAS VÍAS DE COMUNICACIÓN RELACIONADAS CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

El término “whatsapp” hace referencia al nombre de una aplicación que, una vez instalada en los denominados “teléfonos inteligentes” (o “smartphones”), permite enviar y recibir mensajes, tanto escritos como de voz, imágenes y fotografías, de forma instantánea. A diferencia de los más antiguos SMS, esta aplicación permite la comunicación simultánea entre grupos de personas a través de la creación de los denominados grupos o “chats”. El hecho de ser de carácter cuasi-gratuito y la rapidez con que se transmite la información ha provocado que su uso se haya convertido en una tendencia social muy generalizada, es más, en la actualidad en determinados ámbitos casi no se conciben las relaciones sociales y familiares al margen de esta aplicación. Y ello está teniendo su correlato, como no podía ser de otra manera, en el ámbito de las relaciones laborales, de tal forma que igualmente se está generalizando el recurso a esta aplicación como vía de interrelación entre el empresario y los trabajadores, y entre éstos entre sí, ya sea de forma bilateral o configurando los denominados “chats” corporativos.

Al igual que sucedió cuando comenzó a normalizarse el recurso a los correos electrónicos como forma de comunicación en el ámbito de la empresa, con el consiguiente abandono de la mensajería escrita tradicional, esta nueva tendencia en el mundo de las comunicaciones va a plantear, y de hecho ya está planteando, nuevos retos a los que deberá enfrentarse el Derecho del Trabajo. Precisamente nuestro estudio tiene su razón de ser en el hecho de que ya está abriendo camino en ello la doctrina de los Tribunales de lo Social. No es novedoso afirmar que nuestro Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo no han tenido su origen en este contexto tecnológico y social ni están, por lo tanto, adaptadas a las problemáticas derivadas de las nuevas formas de comunicación surgidas al amparo de las nuevas tecnologías. Por ello, son los Tribunales los que, partiendo de

nuestros principios constitucionales y los que puedan derivarse de dicha norma, van creando una doctrina que intenta adaptar el ordenamiento jurídico-laboral en el marco de estas nuevas relaciones de trabajo.

En esta alusión a la auténtica revolución que han impuesto las nuevas tecnologías en las formas de comunicación que se pueden utilizar en la sociedad actual, ya sabemos que el “whatsapp” no es la única. Básicamente, hay tres nuevas vías de comunicación que nos parece están alterando, de forma fundamental, las relaciones de trabajo por su posible impacto en el desenvolvimiento de las relaciones profesionales y en el alcance y conservación de los derechos del trabajador: el uso del correo electrónico, la presencia de las denominadas “redes sociales” y el recurso a las vías de mensajería instantánea a través del teléfono móvil, siendo el conocido “whatsapp” el más utilizado en la actualidad. Estos tres recursos tienen puntos en común, pero no son exactamente iguales y, por ello, la problemática derivada de su utilización puede tener matices diferenciales. Así, el correo electrónico permite una comunicación bilateral empresario –trabajador y también multilateral si hay reenvíos del mismo, mucho más inmediata y de carácter formal que evita el recurso al papel y exige el uso de medios telemáticos en red (ordenador o Smartphone, si éste tiene habilitada la opción de correo electrónico), que pueden estar protegidos con una clave de acceso. La mensajería “whatsapp” que tiene su origen, no en el uso de ordenadores, sino de “smartphones”, también agiliza las vías de comunicación pero no permite unos escritos de carácter formalizado pudiendo, también, compartirse su contenido mediante la configuración de grupos o “chats” en el que pueden participar varias personas e incluir mensajes de voz. En definitiva, su acceso es mucho más rápido y menos seguro que el correo electrónico (puesto que el teléfono puede no estar protegido por ningún tipo de clave de seguridad), es un recurso de carácter informal y puede ser una vía de comunicación con más de dos destinatarios. Mayores diferencias con estas dos vías de comunicación presentan las denominadas “redes sociales” (Facebook, twitter, Instagram...) caracterizadas, precisamente, por su vocación de informalidad y universalidad en las comunicaciones, no teniendo ningún sentido su utilización para transmitir mensajes a un único sujeto y que éste sea de contenido estrictamente profesional. No tiene, por lo tanto, el mismo alcance el contenido de un mensaje “whatsapp” que las conversaciones que se mantienen a través de las redes sociales en relación al número de sujetos que van a conocer su contenido, mucho más numerosos en el segundo caso.

Delimitadas estas tres nuevas formas de comunicación social y partiendo de que existen diferencias claras entre ellas, nuestro estudio se va a centrar en las disfunciones que la utilización de los “whatsapp” puede producir en el ámbito de las relaciones de trabajo asalariadas, realizando un análisis de la jurisprudencia reciente. Como hipótesis de partida, entendemos que la existencia de estas formas

tan accesibles e inmediatas de comunicación no pueden llegar a constituir un instrumento de precarización de las relaciones laborales, de forma que se llegue, incluso, a la vulneración de derechos constitucionales como la intimidad, la no discriminación, el derecho al secreto de las comunicaciones o la tutela judicial efectiva¹. En definitiva, se trata de reflexionar sobre el hecho de que la generalización en el uso de canales de comunicación cada vez más informales entre el empresario y los trabajadores, y entre éstos entre sí, no puede suponerla creación de una vía para trasgredir la buena fe contractual, tanto por parte del empresario como por parte de los trabajadores.

Los factores esenciales en la problemática que el “whatsapp” puede presentar se encuentran, a nuestro juicio, en éstos elementos que lo caracterizan:

- La facilidad en el acceso. No hay que abrir, ni siquiera, un ordenador, sólo encender un teléfono móvil. Ello implica que, por una parte, el trabajador puede comunicarse con muy poco tiempo para procesar lo que escribe y, por otra, que el empresario puede controlar muy fácilmente el uso por el trabajador si está en su centro de trabajo, sólo tiene que mirar su teléfono. Con ello se relaciona el hecho de que el teléfono puede utilizarse tanto en horas de trabajo como fuera de la jornada laboral, por lo que debe valorarse si sólo son relevantes las comunicaciones que se producen durante el tiempo de trabajo, y que es muy frecuente que entre compañeros de trabajo se disponga del número móvil de todos ellos para gestionar cuestiones profesionales, lo cual implica un acceso inmediato a la aplicación “whatsapp” de cualquiera de ellos.

- La propiedad del teléfono puede ser de la empresa o del trabajador, elemento diferencial muy importante respecto a otras vías de comunicación que, generalmente, utilizan los ordenadores propiedad del empresario.

- La rapidez con que se transmite la información sin que, prácticamente, exista posibilidad de arrepentimiento respecto del contenido antes de que llegue al receptor. En el caso de los correos electrónico, al ser de carácter formal y de acceso más lento, parece que la intencionalidad sobre lo que se comunica es mayor

- El hecho de que se deja constancia escrita de lo transmitido de la misma forma que con los correos electrónicos o las cartas manuscritas, lo cual implica que puede probarse lo manifestado por el trabajador o el empresario a través de este medio, de forma fehaciente. En caso de que se transmitan mensajes de voz, a diferencia de las llamadas telefónicas éste queda grabado y puede volver a re-

¹ Ya han alertado sobre ello autores como Sempere Navarro, A.V. y Mateos de Cabo, O. “Nuevas herramientas informáticas y derecho”, en *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico* (C. San Martín Mazzucconi, Dir.), ediciones Eolás, 2014, pp. 23 y ss.

producirse, lo cual facilita su uso como medio de prueba y su tratamiento como tal será diferente.

- Por último, la posibilidad de que la información transmitida llegue en el mismo momento a un colectivo de personas integradas en un “chat”, lo cual multiplica el impacto que pueda tener el contenido del mensaje y, por ende, repercute en la posibilidad de que se pueda atentar contra derechos como la intimidad o el honor de forma pública. No llega, sin embargo, a tener el amplio alcance que tiene el uso de las redes sociales en cuanto a número de sujetos receptores de un mensaje.

Actualmente las resoluciones de los Tribunales están configurando un marco jurídico que ya tiene entidad propia en relación a los problemas jurídico-laborales derivados del uso del “whatsapp” en un entorno profesional. En este sentido, debemos destacar la gran cantidad de sentencias en las cuales el “whatsapp” se convierte en un aspecto fundamental de la controversia objeto del procedimiento, aun cuando en nuestro estudio sólo vamos a hacer referencia a aquellas que nos parecen más ilustrativas de las materias que vamos a abordar.

En esta panorámica que pretendemos trazar sobre los problemas jurídico-laborales derivados del uso del “whatsapp”², vamos a centrarnos en las controversias derivadas de las cuestiones siguientes:

- El margen que tiene el empresario para prohibir al trabajador el uso del teléfono móvil o, a “sensu contrario”, para imponer al trabajador la obligación de proporcionar a la empresa su número de teléfono.

- El posible uso del “whatsapp” como instrumento para transgredir la buena fe contractual y como manifestación del poder de dirección del empresario.

- La utilización del “whatsapp” como cauce para comunicar la extinción de la relación laboral, ya sea por parte del empresario como por parte del trabajador.

- El valor probatorio que tienen los mensajes “whatsapp” en la jurisdicción social como forma de acreditar incumplimientos de la normativa laboral, ya se hayan remitido dentro o fuera de la jornada de trabajo.

- El alcance del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones que tienen los trabajadores en relación al posible control de los mensajes por el empresario.

² Sobre el particular, vid. Cuadros Garrido, M.E “El uso del whatsapp en las relaciones laborales”, Revista Española de Derecho del Trabajo, 171/2014.

2. LA PROHIBICIÓN U OBLIGACIÓN DE UTILIZAR UN TELÉFONO MÓVIL EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Como cuestión inicial que nos planteamos, pues de ella derivan todas las siguientes consideraciones que podamos hacer, es si es posible limitar el recurso a este servicio de mensajería en el ámbito de las relaciones laborales o, dicho de otro modo, si puede el empresario prohibir el uso del “whatsapp”, bien sea como instrumento de trabajo o como prohibición del uso del teléfono durante el tiempo de trabajo. Frente a esta posible prohibición también habrá que valorar la legitimidad de la opción empresarial opuesta, es decir, que su intencionalidad podría ser, no la de prohibir, sino la de obligar al trabajador a proporcionar su número de móvil a la empresa para poder mantener comunicaciones con él, ya sea de voz o a través de servicios de mensajería instantánea. Esta opción no parece que vaya a ser inusual hoy en día dada la generalización existente en la instalación de estas aplicaciones y la rápida y gratuita comunicación que permiten. Y tiene no poca incidencia en los planteamientos actualmente en vigor sobre la posible necesidad de delimitar el derecho de los trabajadores a la desconexión laboral, entendiendo tal derecho como el que deben tener los trabajadores a disfrutar de los tiempos legales de reposo, sin obligación de estar conectado a la empresa a través de medios tecnológicos como el ordenador o el teléfono móvil³. En este sentido, comienzan a ser referentes los acuerdos de empresa adoptados en países como Francia o Alemania, relativos al derecho de los trabajadores a la desconexión laboral⁴, y la muy significativa modificación del Código de Trabajo francés incluyendo el reconocimiento de este derecho⁵. Así, su art. 2242-8 incorpora un nuevo epígrafe 7, en virtud del cual la negociación colectiva anual sobre igualdad profesional entre mujeres y hombres y la calidad de vida del trabajo, incluirá: “Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar”⁶.

³ Sobre el particular, vid. Mella Méndez, L. “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, Trabajo y Derecho, 16/2016.

⁴ Mayoritariamente acuerdos de empresa (Atos, Volkswagen...) en los cuales se pone fin a la emisión de correos electrónicos durante el tiempo de trabajo.

⁵ Previamente incluida en el Proyecto de Ley presentado el 24 de marzo de 2016 “*visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*”, art. 25, en el cual se incluye un capítulo gráficamente titulado “Adaptación de la legislación laboral en la era digital”. La aprobación de la Ley 216-1088, de 8 de agosto de 2016, “*relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*”, introduce en su art. 55 la modificación del citado precepto.

⁶ Ciertamente, los denominados “dispositivos digitales” no está claro si incluirán el uso de los smartphones, pero lo que sí es cierto es que la reforma normativa es indicativa de que en Francia

Comenzando por las posibilidades de prohibición que pueda tener el empresario, en este aspecto entra en juego una cuestión que, entendemos, va a tener una relevancia fundamental. Se trata de la determinación de si el dispositivo móvil en el cual esté instalada la aplicación es propiedad o no del empresario (es decir, si se trata de un teléfono de empresa). Si es propiedad de la empresa, entendemos que es posible que el empresario prohíba instalar en él la aplicación puesto que está legitimado para delimitar las funcionalidades del teléfono. Si no es propiedad de la empresa, aquí la cuestión nos plantea más problemas.

Por una parte, evidentemente no puede haber una prohibición al trabajador para instalar el servicio de mensajería, puesto que éstos son de carácter privado y el empresario ni siquiera tendría derecho a tener la información de si el trabajador lo tiene o no. Cuestión distinta es que el empresario prohíba el uso de este servicio en el desarrollo del trabajo, ya sea un móvil particular o de empresa, existiendo incluso cláusulas de convenio colectivo en las que se refleja esta prohibición⁷. Pero, aunque así fuera, escaparían posibilidades de uso al control del empresario, pues no podría impedir que entre compañeros de trabajo se comunicasen por esta vía fuera del horario laboral, o incluso dentro en sus periodos de descanso.

En definitiva, aun cuando exista una prohibición expresa de uso de esta aplicación durante el tiempo de trabajo, es posible que se produzcan incumplimientos laborales, sobre todo relacionados con la trasgresión de la buena fe contractual, si entre compañeros de trabajo se utiliza este servicio de mensajería de forma voluntaria y privada (por ejemplo, que se den situaciones de acoso).

Analizando la situación inversa, es decir, la posible imposición al trabajador de estar conectado con la empresa a través el teléfono móvil, debemos traer aquí a colación una importante sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015⁸ en la que, si bien es cierto no se hace referencia literal al servicio “whatsapp”, puede resultar igualmente aplicable, pues la cuestión esencial debatida por el Tribunal es si en un contrato de trabajo se pueden incluir cláusulas en virtud de las cuales el trabajador acepta que cualquier tipo de comunicación relativa al contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, pueda ser enviada vía SMS o correo electrónico, mensaje de texto o documento adjunto al mismo. Y ello según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Los preceptos cuya vulneración

hay una inquietud por las consecuencias derivadas de la introducción de nuevas tecnologías en la relación laboral, que deben comenzar a ser abordadas por los interlocutores sociales.

⁷ En este sentido, convenio colectivo provincial para el sector de oficinas y despachos de Zamora, resolución de 28 de abril de 2014, art. 30 n), en el que se califica como falta grave ya sea desde el móvil personal, empresa u ordenador.

⁸ Sentencia que resuelve un Recurso de Casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional, de 28 de enero de 2014, y que confirma en todos argumentos.

se valora se encuentran en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal⁹ (en adelante LOPD) y su Reglamento de desarrollo¹⁰, concretamente sus previsiones en cuanto a que no es necesario el consentimiento del afectado “cuando los datos de carácter personal ...se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”¹¹ y la exclusión de su aplicación a los ficheros que incorporan datos de personas físicas que prestan servicios para personas jurídicas, consistentes en “...dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales”¹². Estas previsiones se relacionan, según la sentencia del alto Tribunal, con el derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 Constitución Española al secreto en las comunicaciones (“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”).

El Tribunal Supremo entiende que prima la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores¹³ y determina la nulidad de estas cláusulas en base a que debe existir consentimiento del trabajador para aportar los datos relativos al teléfono móvil al no ser necesarios para el mantenimiento del contrato, “mucho menos imprescindibles”, como exige el art. 6.2 LOPD. Como el Tribunal indica, en absoluto se niega a que el trabajador pueda voluntariamente aportar estos datos al empresario, incluso entiende que “podiera resultar deseable”. Lo que considera ilegítimo es que existan estas cláusulas/tipo, puesto que la debilidad contractual del trabajador puede viciar su consentimiento, que no sería totalmente libre y voluntario. Resuelve el Tribunal, por lo tanto, que estas cláusulas son abusivas.

Ahora bien, el supuesto de hecho del que parte la citada sentencia no contempla las situaciones en las cuales la empresa es la que da el teléfono móvil al trabajador, siendo titular del contrato y asumiendo sus costes. En tales casos no parece que pueda alegarse un incumplimiento de la LOPD y, si el uso de ese dispositivo forma parte de las condiciones que debe asumir el trabajador al firmar su contrato, parece que sí va a estar sujeto a la obligación de comunicarse a través del mismo. De hecho, el art. 2.2 Real Decreto 1720/2007 excluye la aplicación de la protección a el teléfono y número de fax “profesionales”¹⁴.

⁹ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

¹⁰ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

¹¹ Art. 6.2 LOPD

¹² Art. 2.2 Real Decreto 1720/2007.

¹³ Con alusión a su ya reiterada doctrina del Tribunal Constitucional en relación a que el contrato de trabajo no es un título legitimador del recorte en el ejercicio de los derechos fundamentales, debiendo su modulación ser imprescindible, proporcional y adecuada. Por todas, sentencias 126/2003, 213/2002, 20/2002 y 80/2001.

¹⁴ A lo cual alude expresamente la sentencia en su Fto.Jco. tercero, apartado 2 “in fine”, excluyendo así de su doctrina a los móviles corporativos.

En resumidas cuentas, para el Tribunal Supremo es legítimo que el trabajador voluntariamente le indique su número de teléfono al empresario, cuando no se trate de un móvil de empresa, siempre y cuando no se le imponga como cláusula preestablecida en su contrato de trabajo y tenga libertad para cancelarlo cuando quiera¹⁵. Y también es legítimo que se conozca el número por el empresario cuando éste sea el propietario del teléfono móvil.

Ya no como cláusula contractual, sino incluida en los propios Convenios colectivos, encontramos que hay algunos en los que se prevé como posible medio de comunicación de cuestiones laborales el uso específico del “whatsapp”. Así sucede en el convenio colectivo de la Comunidad Foral de Navarra del sector de transporte de viajeros por carretera¹⁶ y de la provincia de Sevilla del sector de aderezo, relleno, envasado y exportación de aceitunas¹⁷, aun cuando en ambos casos también se contemplan mecanismos alternativos de comunicación con el trabajador¹⁸. La cuestión a delimitar será si esta doctrina del Tribunal Supremo también hay que hacerla extensible a las previsiones negociadas en convenio colectivo. En caso afirmativo, que parece lo más ajustado a derecho, habrá que interpretar el contenido de estas cláusulas en el sentido de que la comunicación que implica una obligación para el trabajador de aportar su número de teléfono tiene que ser expresamente consentida por el trabajador y deben existir otros medios alternativos previstos en el propio convenio.

3. LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

Sobre la posible utilización de este servicio de mensajería instantánea como circunstancia que pueda suponer una trasgresión de la buena fe contractual y, por lo tanto, una causa legítima de despido “ex” art. 54.2 d) Estatuto de los Trabajadores, debemos diferenciar entre dos situaciones posibles, ambas contempladas en resoluciones de los Tribunales. Por una parte, que el mero uso del teléfono móvil en la empresa y, por ende, de esta aplicación, pueda ser considerada como un factor de incumplimiento de la jornada laboral y de los deberes profesionales del trabajador. Por otra parte, que estos mensajes puedan tener un contenido en el cual esté inserto este incumplimiento contractual por motivos diversos. A la luz

¹⁵ Este último extremo puntualizado por la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2014.

¹⁶ De 25 de mayo de 2015, en su art. 3.5 prevé avisar por este medio la ejecución de los servicios a realizar.

¹⁷ De 21 de mayo de 2014, en cuyo art. 24 se prevé como instrumento para preavisar la llamada a los trabajadores fijos-discontinuos.

¹⁸ En el segundo caso el e-mail, y en el primero el tablón de anuncios de la empresa o el correo electrónico.

de las resoluciones analizadas podemos afirmar, sin duda, que el contenido de los mensajes está siendo valorado y tenido en cuenta por los Tribunales como un elemento que puede interferir en la buena fe contractual, tanto si los mensajes se redactan y envían dentro de la jornada de trabajo como fuera de la misma. Y tanto si son mensajes con un único receptor como si están insertos en un “chat” al cual tenga acceso más de una persona.

En cuanto al mero uso de este servicio de mensajería durante el tiempo de trabajo, ya hay resoluciones judiciales que apoyan el despido de un trabajador por esta circunstancia cuando en las empresas existía una prohibición, bien de su uso o bien del uso de correo electrónico, para cuestiones particulares¹⁹. También hay supuestos en los cuales se legitima el despido debido a que el uso del teléfono móvil implicaba un peligro para la integridad física del trabajador o de otros sujetos, estando incluso prohibido su uso por otras legislaciones (caso de los conductores de vehículo), en cuyo caso es obvio el abuso de confianza y la extralimitación de la buena fe contractual²⁰.

Por otra parte, las posibilidades de que el propio contenido de los mensajes pueda dar lugar a la trasgresión de la buena fe contractual se está manifestado de forma positiva en diversas resoluciones. El supuesto de hecho que, en mayor número de ocasiones, se está teniendo en consideración, son los insultos o descalificaciones realizados a otro compañero a través de estos mensajes, dentro y fuera de la jornada laboral²¹.

Y, en este mismo ámbito de lo que pudieran ser agresiones “verbales”, ya hay resoluciones en las que la apreciación de existencia o no de acoso moral o sexual en el trabajo se está valorando teniendo en cuenta, entre otros factores, el contenido de los mensajes “whatsapp” que se hayan podido remitir a la persona afectada por el supuesto acosador. Y ello tanto en aras a considerar la existencia de acoso como para demostrar que no ha existido²². Es decir, que si los términos de las conversaciones mantenidas en el periodo de tiempo al que alcance la ale-

¹⁹ El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 22 de enero de 2015, legitima el despido porque hay una prohibición expresa en el convenio colectivo y las conversaciones son privadas. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 9 de junio de 2015, legitima el despido aun cuando lo prohibido en la empresa es el uso privado del correo electrónico, por usar este servidor en el trabajo de forma habitual.

²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 29 de septiembre de 2015.

²¹ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 16 de marzo de 2015 (en cuyo supuesto de hecho la discusión se inicia en un “chat” de un grupo de trabajadores), de Cataluña de 20 de enero de 2015 y de 30 de septiembre de 2015 (en esta última, incluso admitiéndose que es un “medio de comunicación personal”).

²² Son prueba de la existencia de acoso en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014 y de Castilla-la Mancha de 12 de febrero de 2015.

gación han sido normales, este factor también puede ser relevante para acreditar la falta de acoso²³. Este medio, por lo tanto, puede ser un elemento positivo en los casos en los que se den situaciones reales de acoso si éste se manifiesta en los mensajes pero, “a sensu contrario”, también podría llegar a perjudicar a las víctimas si existen conversaciones normales, como medio para acreditar la ausencia del mismo.

Hay otras resoluciones en las cuales la trasgresión de la buena fe contractual no deriva del contenido “insultante” de los mensajes, sino del hecho de realizar conductas que el Tribunal entiende van más allá de la buena fe que es obligatoria para el trabajador. Así, en el caso de cuidadoras de menores en guarderías, los mensajes jocosos vertidos en un “chat” de trabajadores de la empresa sobre circunstancias relativas a los menores, acompañados de fotos del menor, son considerados como trasgresión de la buena fe contractual y justifican el despido de las trabajadoras²⁴. Igualmente, en el caso de un trabajador dedicado a la actividad de conservación de carreteras que subió a un grupo “whatsapp” de trabajadores de la empresa unas fotos de un vehículo accidentado y del conductor fallecido²⁵. Y el hecho de que se produzca fuera del horario laboral no es una circunstancia que para el Tribunal sea valorable²⁶, pues lo que tiene en cuenta es el hecho en sí del comportamiento impropio.

El contenido de estas sentencias es muy destacable, pues implica que el trabajador debe mantener un comportamiento respetuoso con las obligaciones propias de su contrato de trabajo, tanto dentro como fuera de la empresa, si lo ponemos en relación al uso del “whatsapp”. Así, un comentario como el que se contempla en estas resoluciones, que se haga en un entorno privado y de forma verbal, no tendrá ningún tipo de sanción, pero si queda transcrito en un grupo de “whatsapp” de trabajadores de la empresa ya trasciende del ámbito de lo estrictamente privado y cae dentro de las conductas laborales sancionables. De alguna manera, estas aplicaciones están haciendo trascender el concepto de centro de trabajo y jornada laboral como espacios en los que el trabajador está sujeto a las implicaciones que conlleva la buena fe contractual, sobre todo cuando se crean “chats” de grupos de trabajadores en los que se puede multiplicar el efectos de los comentarios, videos o fotografías publicados.

²³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 27 de noviembre de 2014 y Auto del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2016.

²⁴ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de julio de 2014 y 3 de febrero de 2015.

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, de 2 de julio de 2015.

²⁶ Como expresamente indica el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia de 11 de julio de 2014.

4. EL EJERCICIO DEL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO A TRAVÉS DEL “WHATSAPP”

En relación al ejercicio del poder de dirección del empresario a través de esta aplicación, nos parece obvio que, cuando el art. 20.2 Estatuto de los Trabajadores determina que, en relación al cumplimiento de las órdenes del empresario, los trabajadores cumplirán “las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección”, se está permitiendo que el empresario transmita sus indicaciones a través de los medios que considere oportunos, siempre que el trabajador tenga acceso a ellos. Así, el correo electrónico, los mensajes telefónicos o estos servicios de mensajería electrónica pueden ser, en principio, instrumentos válidos para el ejercicio del poder de dirección²⁷.

Sobre el uso de los mensajes como cauce para ejercer el poder de dirección es destacable que, como indicamos en epígrafes anteriores²⁸, ya hay negociados convenios colectivos en los que expresamente se contempla la posibilidad de informar al trabajador de determinados aspectos relacionados con la ejecución de su trabajo a través de aplicaciones instaladas en el teléfono móvil.

Pero, al margen de que esté o no prevista su utilización en el convenio colectivo aplicable, a la vista de las sentencias analizadas el uso del “whatsapp” está bastante generalizado en lo que a instrumento de impartición de órdenes del empresario se refiere, pues son numerosas aquellas en las que se aportan este tipo de mensajes enviados entre el empresario (o persona en quién éste delegue) y sus trabajadores como prueba indiciaria de la existencia de una determinada orden empresarial o, incluso, de la dependencia que caracteriza a la relación laboral. Por lo tanto, el intercambio de estos mensajes, en función de su contenido o intensidad, pueden llegar a ser considerados por los Tribunales como un elemento probatorio de la laboralidad que preside una determinada relación profesional²⁹.

²⁷ Destacamos, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 1997, en la que se establece la legalidad del uso del teléfono móvil como instrumento de ejercicio del poder de dirección, pero con limitaciones en cuanto a que no puede obligarse al trabajador a una comunicación continua, incluso fuera de las horas de trabajo. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 5 de febrero de 2016, también alude al uso de esta aplicación como medio legítimo para recordar sus obligaciones al trabajador.

²⁸ Vid. convenios citados en epígrafe 2, notas al pie 15 y 16.

²⁹ En este sentido, por todas aludimos al contenido de dos resoluciones. Por una parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 7 de febrero de 2014, determina la falta de laboralidad en una relación de trabajo en base al contenido de las conversaciones “whatsapp”, de las que no se podía deducir esa circunstancia. En sentido contrario, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 21 de mayo de 2014, afirma la existencia de relación laboral en base a las instrucciones recibidas por la trabajadora vía “whatsapp”.

Otra posible funcionalidad que parece estar adquiriendo este servicio de mensajería en el entorno laboral, en relación al ejercicio del poder de dirección del empresario, es la de servir como cauce formal para notificar sanciones al trabajador, en concreto para extinguir la relación laboral. El Estatuto de los Trabajadores, según el origen de la extinción del contrato, tiene mayores o menores exigencias en relación a los requisitos formales que deben acompañarla, lo cual, lógicamente, parece debería tener su incidencia en la admisión de los mensajes “whatsapp” como procedimiento formal elegido. Y ello porque no puede considerarse, en principio, como un medio que tenga las mismas garantías y formalidad que otros como el correo electrónico o la carta escrita tradicional.

Si la extinción la provoca el trabajador contratado, en caso de dimisión es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que no es necesario una declaración de voluntad formal y que la ruptura se puede manifestar de forma expresa o tácita. Si se tratase de un abandono la informalidad todavía es mayor, pues éste se caracteriza por la ausencia de preaviso al empresario y, por lo tanto, por la ausencia de comunicación de la decisión extintiva. Por otra parte, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo que admite la extinción del contrato por voluntad del trabajador en caso de incumplimientos empresariales “ex” art. 50 Estatuto de los Trabajadores, sin que sea exigible que permanezca en su puesto de trabajo hasta que recaiga sentencia firme, no encontramos en la norma ninguna previsión legal en relación a la forma en que deba el trabajador comunicar al empresario su voluntad de dejar de prestar servicios, ni siquiera podemos afirmar que exista dicha obligación³⁰.

Sin embargo, si la extinción es provocada por una decisión unilateral del empresario, en determinados supuestos (fundamentalmente los relacionados con el despido disciplinario que debe notificarse “por escrito... haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos”³¹, en la extinción por causas objetivas se precisa “comunicación escrita expresando la causa”³²) los requisitos formales son más exigentes y habría menos posibilidad para el uso de estos mensajes como vía de transmisión. En otros, en cambio, existe un amplio

³⁰ Tradicionalmente los Tribunales venían estimando que dicha extinción implica la solicitud mediante demanda ante el Juez de Lo Social y manteniéndose la prestación de servicios del trabajador, criterio modificado por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012, en la cual no se especifica la forma en la cual debe producirse el cese en el trabajo. Sobre el particular, Del Val Tena, A.L. “Extinción del contrato por dimisión del trabajador: incumplimiento del plazo de preaviso comprometido en la comunicación dirigida al empresario”, *Aranzadi Social*, 3/2000, p. 1 y Azagra Solano, M. “Extinción del contrato por incumplimiento del empresario ¿es necesaria una resolución judicial?”, *Aranzadi Doctrinal*, 11/2013.

³¹ Art. 55.1 Estatuto de los Trabajadores.

³² Art. 53.1 a) Estatuto de los Trabajadores.

margen de flexibilidad en la exigencia de formalismos (por ejemplo, en la denuncia del fin de los contratos temporales) que sí podría dar cabida a esta forma de comunicación.

Atendiendo al contenido de las resoluciones judiciales que han valorado la eficacia de estos mensajes en caso de dimisión del trabajador, hay que traer a colación, en primer lugar, la consolidada doctrina judicial que establece la diferencia entre la declaración, expresa o tácita, de la voluntad extintiva del trabajador que obligatoriamente debe producirse. Así, la declaración expresa se produce cuando “se utilizan signos, por lo comunes escritos u orales”, y la tácita cuando “lleva a cabo un comportamiento o conducta de los que se infiere inequívocamente su voluntad”³³.

En aplicación de esta doctrina, es bastante significativa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 de octubre de 2015, en la cual se admite la validez de la manifestación de la voluntad extintiva de la trabajadora vía “whatsapp”³⁴. Ciertamente es que el supuesto de hecho enjuiciado parte de la existencia de hechos concluyentes anteriores al envío del mensaje relacionados con la decisión de no volver al trabajo, cuales son la manifestación verbal directa y el posterior despido de los compañeros de trabajo. Es la suma de todo ello lo que hace que el Tribunal entienda que ha habido una manifestación “clara e inequívoca” de la voluntad de romper la relación laboral. Por ello, entendemos que, en principio, esta sentencia no debe interpretarse como una admisión de que los mensajes “whatsapp” vayan a ser, a partir de ahora, el único indicio a tener en cuenta para interpretar la voluntad extintiva de un trabajador. La evolución de las resoluciones judiciales, sin embargo, parece ir en la línea de considerar que el mero contenido del mensaje ya es válido para considerar existente la voluntad extintiva, como así se deduce de la sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, de 15 de abril de 2016. En sentido contrario, también alguna resolución admite el contenido de estos mensajes para probar que un trabajador no ha cesado ni abandonado en su prestación de servicios, pues se puede acreditar el mantenimiento de relación entre empresario y trabajador³⁵.

³³ Por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2001, y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 4 de noviembre de 2014. Sobre el particular, vid. Palomino Saurina, P. “Manifestación clara de la voluntad del trabajador: un requisito imprescindible para que la relación laboral se considere extinguida por dimisión o abandono”, *Aranzadi Social*, 20/2007.

³⁴ Hay otra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 23 de junio de 2014, relacionada con esta cuestión, pero en ella el mensaje lo que hace es apoyar es ratificar el cese en el trabajo, pues el abandono ya se había producido anteriormente.

³⁵ Sentencia de 23 de febrero de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en este caso por el cruce de SMS.

En definitiva, puesto en relación con la extinción del contrato por el trabajador, este servicio de mensajería comienza a adquirir valor jurídico probatorio en todos los sentidos, de lo cual debe ser muy consciente el trabajador teniendo en cuenta la doctrina judicial en virtud de la cual la retractación posterior no tiene validez jurídica³⁶.

Si la extinción del contrato proviene de una decisión empresarial, cuando esta decisión se toma durante el periodo de prueba las resoluciones analizadas admiten unánimemente el uso de este servicio de mensajería para comunicar el fin de la relación laboral al trabajador³⁷. Probablemente porque, como literalmente se afirma en la doctrina del Tribunal Supremo, el cese en este periodo “no exige...ninguna clase especial de comunicación”. La fecha de inicio de cómputo de la caducidad, en caso de recurso, sería la fecha en que se envía el mensaje al trabajador³⁸.

En los supuestos en que la decisión empresarial vaya a constituir un despido del trabajador que ya ha superado el periodo de prueba, encontramos resoluciones judiciales que se pronuncian en sentido contradictorio. Así, de la sentencia de 19 de marzo de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía parece deducirse que la improcedencia del despido deriva del incumplimiento de los requisitos formales exigidos por el art. 55.1 Estatuto de los Trabajadores, al ser comunicado vía “whatsapp” por el empresario³⁹. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 14 de abril de 2015, no determina la improcedencia de un despido disciplinario que se comunica por mensaje “whatsapp”. Por otra parte, en la sentencia de 20 de febrero de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias también parece reconocerse cierta validez a este medio de comunicación de la extinción de la relación laboral, cuando es el trabajador el que obstaculiza el envío de la carta de despido a su domicilio particular. En este caso, el Tribunal argumenta aludiendo a la doctrina del Tribunal Supremo en virtud de la cual la notificación del despido se produce “cuando la empresa ha puesto todos los medios a su alcance para hacer llegar la notificación al trabajador despedido”⁴⁰.

³⁶ Por todas, sentencias de 7 de noviembre de 1989 y 6 de febrero de 2007. Precisamente en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 22 de enero de 2015, la retractación del trabajador, cuya validez no se admite, se comunica por el trabajador a través de un mensaje “whatsapp”.

³⁷ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, de 16 de junio de 2014, y de Galicia de 5 de junio de 2015.

³⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 5 de junio de 2015.

³⁹ En el supuesto enjuiciado, una comunidad de propietarios comunica el despido, por este medio, a una jardinera que prestaba servicios en ella, siendo posteriormente declarado nulo porque la trabajadora estaba embarazada en la fecha del despido.

⁴⁰ Por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1990 y de 9 de noviembre de 1998.

En definitiva, si la extinción del contrato se produce durante el periodo de prueba, los Tribunales no encuentran impedimento para utilizar los mensajes “whatsapp” como forma de comunicación al trabajador. Si se trata de un despido disciplinario, la legalidad vigente y una consideración hacia las garantías jurídicas de los derechos de los trabajadores, entendemos imponen la exigencia de uso de medios de comunicación que aporten una mayor fiabilidad. Sin embargo, a falta de puntualizaciones legales la doctrina de los Tribunales no es firme, en este sentido.

Este mismo criterio debería hacerse extensivo a la comunicación de otras sanciones a los trabajadores, si son graves o muy graves, pues similares requisitos formales les exige el art. 58 ET: “requerirán comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan”. A falta de resoluciones judiciales que se hayan pronunciado sobre la validez de los mensajes “whatsapp” como forma de comunicación al trabajador, en estos casos, entendemos que, en primer lugar, primará lo previsto en el convenio colectivo y, en segundo lugar, entendemos que debería ser exigible un medio fiable y en el que, en todo caso, puedan hacerse constar los requisitos exigidos por el precepto legal de forma clara y precisa.

5. VALOR PROBATORIO DE LOS MENSAJES EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL E INCIDENCIA EN EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Sin duda uno de los temas que está generando mayor controversia en relación a los efectos de los mensajes “whatsapp” es el de su posible validez como medio de prueba, no sólo en el marco de la jurisdicción social, sino también civil y, sobre todo, penal. En términos generales, los medios de reproducción de palabras, sonidos o imágenes son admitidos como medios de prueba, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴¹ como en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁴², en virtud de la cual “Las partes...podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados...incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio del soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”.

La problemática suscitada, en este ámbito, por los mensajes “whatsapp”, se va a plantear en las tres fases que se pueden diferenciar en la aportación de prue-

⁴¹ Arts.299.2 y 382 y ss.

⁴² Art. 90.1.

bas en un procedimiento judicial, esto es: la obtención de la prueba, la aportación de la prueba en el proceso y la valoración judicial de la misma⁴³.

5.1. Obtención de la prueba: incidencia en el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones

Comenzando por los medios de obtención de la prueba, lo previsto en el art. 90.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social es que no serán admisibles las pruebas que se hayan obtenido violando derechos fundamentales o libertades públicas. Reiteradamente la doctrina viene advirtiendo sobre la incidencia que los avances tecnológicos pueden tener sobre los derechos fundamentales de los trabajadores⁴⁴, así como es reiterada la doctrina constitucional en cuanto a que la condición de “trabajador” no despoja al ciudadano de su protección⁴⁵. Básicamente los derechos que van a poder verse afectados cuando los ponemos en relación con la obtención de las pruebas aportadas al proceso judicial van a ser el derecho al secreto de las comunicaciones⁴⁶, el derecho a la intimidad⁴⁷ y el derecho a la protección de datos. Atendiendo al contenido de la jurisprudencia constitucional, el derecho al secreto de las comunicaciones no va a poder ser alegado como argumento para restar validez a la prueba en base a los mensajes cuando sean aportados por alguno de los propios comunicantes⁴⁸, aun cuando ésta sea una forma de comunicación que pueda implicar su vulneración pues “la protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo, cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada⁴⁹”. La doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia ha acogido, en diversas resoluciones, dicha doctrina cuando uno de los intervinientes en la comunicación a través de “whatsapp” ha aportado el contenido del mensaje como prueba en el juicio⁵⁰.

Cuestión distinta es que sea una de las partes de la relación laboral no interviniente en la comunicación, normalmente el empresario, el que pretenda aportar el contenido de mensajes “whatsapp” cuyo contenido se conoce por el análisis de un teléfono móvil que puede no ser de su propiedad. En tales casos, puesto que

⁴³ Delgado Martín, J. “La prueba del whatsapp”, Diario La Ley, 8605/2015, pp. 2 y ss.

⁴⁴ Gude Fernández, A., “La video vigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad”, Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías, 34/2014, p. 1.

⁴⁵ Por todas, sentencia 197/1998, de 13 de octubre.

⁴⁶ Art. 18.3 Constitución española: “*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas*”.

⁴⁷ Art. 18.1 Constitución Española.

⁴⁸ Sentencias 281/2006, de 9 de octubre y 114/1984, de 29 de noviembre, en función de las cuales “el derecho alcanza frente a terceros ajenos a la propia comunicación”.

⁴⁹ Sentencia 281/2006

⁵⁰ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de 22 de enero de 2016, de Galicia de 25 de abril de 2014 y de Cataluña, de 15 de julio de 2014.

la doctrina del Tribunal Constitucional viene ampliando el alcance del derecho al secreto de las comunicaciones tanto a la interdicción de la interceptación como al conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas⁵¹, se puede producir la vulneración, tanto del derecho al secreto de las comunicaciones, como del derecho a la intimidad de los trabajadores.

Actualmente existe ya un abundante número de resoluciones judiciales que abordan el alcance y los límites del derecho a la intimidad de los trabajadores en el marco de la relación laboral, cuando median comunicaciones mediante aparatos de tipo electrónico, como pueden ser los ordenadores⁵² o los teléfonos móviles, aun cuando bien es cierto que, de forma minoritaria, se refieren a la problemática planteada por los mensajes enviados y recibidos a través de un “Smartphone”. Esta cuestión entendemos que se puede abordar de dos formas distintas según quién sea el propietario del mismo, la empresa o el trabajador afectado⁵³. En este aspecto es donde radica una de las principales diferencias con la problemática jurídica que se ha venido planteando en relación al alcance del derecho a la intimidad cuando se proyecta sobre el contenido de los correos electrónicos remitidos por los trabajadores durante su tiempo de trabajo, o en relación a determinados medios de vigilancia como las videocámaras. Así, si estos medios electrónicos de vigilancia son siempre propiedad del empresario, y normalmente los ordenadores que se ponen al servicio de los trabajadores en las empresas también, el teléfono móvil puede, bien ser propiedad del empresario (los conocidos como teléfonos de empresa) o bien propiedad del trabajador, que no es nada infrecuente en la mayor parte de los casos. Incluso es posible que el uso sea mixto, si el trabajador ha consentido en dar su número privado como medio de comunicación con la empresa.

Cuando el teléfono móvil es propiedad del trabajador, aun cuando ponga su número de teléfono a disposición de la empresa éste tiene una expectativa de confidencialidad⁵⁴ que no puede ser compatible con la posibilidad de que el empresario registre su contenido para hacerlo valer como prueba judicial. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 25 de junio de 1992⁵⁵, ya determinó que se vulnera el derecho a la intimidad de un trabajador si se graban sus conversaciones telefónicas mantenidas en un teléfono privado de su

⁵¹ Sentencia 115/2013, de 9 de mayo y 241/2012, de 17 de diciembre.

⁵² Como más significativa, sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre.

⁵³ Distinción que también realiza Cuadros Garrido, M.E “El uso del whatsapp en las relaciones laborales”, op.cit., p. 6.

⁵⁴ Criterio utilizado por las resoluciones de diversos Tribunales en varias resoluciones. Por todas, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 3 de abril de 2007 (caso Copland contra Reino Unido), del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 2011, y del Tribunal Constitucional 170/2013.

⁵⁵ Caso Haldford contra Reino Unido.

despacho⁵⁶. El mismo criterio nos parece debe mantenerse si lo interceptado es el contenido de mensajes “whatsapp”.

Si el teléfono es propiedad de la empresa, el acervo jurisprudencial que se ha configurado sobre el posible acceso del empresario al contenido de los ordenadores de los trabajadores parece que va a poder ser aplicable para valorar la legitimidad del acceso al contenido de los mensajes emitidos desde el teléfono. Tomando como referentes las sentencias más recientes y relevantes en esta materia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el elemento determinante para la valoración de las vulneraciones posibles del derecho a la intimidad se encuentra en la existencia o no de prohibiciones empresariales expresas de uso privado de los instrumentos electrónicos propiedad del empresario en el ámbito de la relación laboral. Este factor se ha convertido en determinante para que sea o no aplicable la razonable expectativa de confidencialidad que pueda tener un trabajador cuando hace uso de un elemento tecnológico que el empresario pone a su servicio⁵⁷. Si tomamos como referencia, en primer lugar, los hechos que motivan el importante pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su sentencia 170/2013, se trata de un trabajador que proporcionaba información confidencial de la empresa utilizando, tanto el correo electrónico como el teléfono móvil, que era propiedad de la empresa. El empresario había examinado el contenido del teléfono en sede notarial quedando acreditada esta circunstancia, pero la tipificación de infracción del Convenio Colectivo aplicable incluía la “utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, internet...) para fines diferentes de los relacionados con el contenido de la prestación laboral”. Es decir, esta expresa prohibición de uso para fines privados no alcanzaba, expresamente, al teléfono móvil, aunque fuese propiedad de la empresa. Por este motivo, y sin que se haya cuestionado por ninguna de las partes en el recurso presentado ante el Tribunal Constitucional, el pronunciamiento previo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de abril de 2010, estableció que no era prueba válida en contenido del acta notarial puesto que la prueba se había obtenido con vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, al tener éste una expectativa fundada y razonable de confidencialidad.

⁵⁶ Sobre el contenido de la sentencia vid. Sempere Navarro, A.V. y Mateos de Cabo, O. “Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales)”, en AA.VV. *Tecnologías de la información y la comunicación de las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas, 2014, pp. 97 y ss.

⁵⁷ Por todos, Gil Plana, J. “Control empresarial del uso personal por el trabajador de los medios tecnológicos de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 164/2014 y Moneréu Pérez, J.L. y López Insúa, B. “El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013”, *Aranzadi Social*, 11/2014.

En definitiva, en aplicación de esta doctrina, no existiendo prohibición empresarial de posible uso privado del teléfono móvil corporativo, es nula la aportación como prueba de mensajes “whatsapp” obtenidos por registro de su contenido por el empresario. Pero, a raíz de una sentencia posterior (de 3 de marzo de 2016), ya no referida al contenido de los ordenadores sino a la posible instalación de cámaras de videovigilancia de los trabajadores, se está diluyendo la exigencia de prohibición considerándose cumplida, no ya con la existencia de infracciones previstas en el convenio colectivo aplicable, sino con la mera colocación de un distintivo informativo en un cristal de la sede de la empresa. Es decir, no hay ni siquiera exigencia de comunicación formal a los trabajadores o previsión en una norma jurídica, criterio que nos parece rompe con las reglas de proporcionalidad siempre exigidas por este Tribunal⁵⁸. Este devenir en el criterio del Tribunal Constitucional está motivando que sea cada vez más necesario, en aras a una mayor protección de los derechos de los trabajadores, la intervención del legislador para determinar el alcance de las facultades de control del empresario de forma que se impida la aplicación de la doctrina expuesta⁵⁹, aun cuando sea necesaria una revisión de los ya obsoletos arts. 18 y 20 del Estatuto de los Trabajadores⁶⁰. Como referente, es muy interesante, en este sentido, la regulación que el ordenamiento jurídico italiano tiene establecida en la Ley 300/1970, de 20 de mayo “*sulla tutela della liberta' e dignita' dei lavoratori, della liberta' sindacale e dell'attivitá' sindacale, Neil luoghi di lavoro e norme sul collocamento*”, pues sus arts. 3 y 4 establecen una clara diferencia entre el control ordinario del trabajador y el establecimiento de equipos audiovisuales. En este último caso, el art. 4 establece que sólo pueden ser utilizados con fines de organización y producción, seguridad laboral y la protección de los activos de la empresa y se puede instalar previa previsión en convenio colectivo. En caso de no existir convenio, puede autorizarlo la Dirección Territorial de Trabajo o el propio Ministerio de Trabajo.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 12 de enero de 2016, nos parece que está en la misma línea argumental. En el caso en ella

⁵⁸ Esta controvertida sentencia contó con dos importantes votos particulares de los Magistrados Valdés Dal-Re y Xiol Ríos, básicamente argumentado en contra de la resolución mayoritaria por la separación de esta doctrina respecto de la ya establecida por el Tribunal Constitucional con anterioridad (sentencia 29/2013), la ausencia de un juicio estricto de proporcionalidad de la medida adoptada y la exigencia del art. 5 LOPD, de que el interesado sea informado de modo “expreso, preciso e inequívoco”.

⁵⁹ González González, C. “Control empresarial de la actividad laboral, videovigilancia y deber informativo. A propósito de la STC de 3 de marzo de 2016”, *Aranzadi Doctrinal*, 6/2016, p. 12.

⁶⁰ Esta redacción es fruto de la reforma introducida en esta norma por el Decreto Legislativo de 14 de septiembre de 2015, núm. 151. Por todos, Dagnino, E. “Tecnologie e controlli a distanza”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 4/2015, pp. 988 y ss.

enjuiciado no existía convenio colectivo pero sí normas internas de la empresa que prohibían el uso privado de ordenadores y teléfonos, y por ello se da validez como medio de prueba al resultado del registro del ordenador del trabajador. Eso sí, se añade un importante (y preocupante) matiz adicional a las argumentaciones anteriormente analizadas del Tribunal Constitucional: no se produce vulneración del derecho aun cuando no se alegue que el uso cause perjuicio al empresario. Se prescinde, por lo tanto, de cualquier juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada, cuya exigencia es tan reiterada por nuestro Tribunal Constitucional⁶¹, puesto que la mera existencia de prohibición parece va a hacer admisible y, por lo tanto, respetuoso con los derechos fundamentales, todo tipo de control por parte del empresario del contenido de los teléfonos móviles.

5.2. Aportación de la prueba al proceso y valoración judicial de la misma

En relación a la aportación de la prueba en el proceso, debemos partir de la diferenciación entre las fuentes y los medios de prueba a los efectos de ubicar a los mensajes de forma correcta en el marco de los procesos judiciales. Si consideramos las fuentes como la realidad que se quiere probar y que permite justificar los hechos que se afirman, y los medios de prueba como aquellos que la normativa establece como válidos para aportar en el procedimiento⁶², los mensajes “whatsapp” entrarían en la categoría de fuentes de la prueba en cuanto imágenes, sonidos o palabras almacenadas en un soporte electrónico (que sería el teléfono móvil). Los medios de prueba a través de los cuales pueden utilizarse en el procedimiento judicial serán los previstos en la legislación vigente, dándose la circunstancia de que los mensajes se pueden aportar a través de varios de los medios previstos⁶³. El art. 299 Ley de Enjuiciamiento Civil determina que los medios de prueba admisibles serán el interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos, así como cualquier otro a criterio del Tribunal que permita obtener certeza sobre hechos relevantes. En relación al valor probatorio de la reproducción de palabras, imágenes o sonidos captados por instrumentos electrónicos, su art. 382 puntualiza que la propuesta de prueba debe acompañar la transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte y, en su caso, también puede aportar dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. Es decir, podemos deducir que la denominada “prueba electrónica” debe, de alguna manera, reconducirse a alguno de los medios de prueba previstos en el art. 299.

Dichos medios de prueba pueden adaptarse al contenido de los mensajes “whatsapp” en los términos siguientes:

⁶¹ Por todas, sentencias 99/1994, 6/1995 y 98/2000.

⁶² Pérez Palací, J.E. “La prueba electrónica: consideraciones”, *openaccess.uoc*, 2014, p. 3.

⁶³ Delgado Martín, J. “La prueba del whatsapp”, *op.cit.*, p. 2.

- Como documento privado, incorporando al proceso una transcripción de su contenido o los denominados “pantallazos” de los mensajes.
- Como documento público, aportando acta notarial sobre su contenido.
- Como dictamen pericial, si se aporta informe de perito para constatar la autenticidad de los mensajes en cuanto a fecha de emisión, teléfono móvil desde el cual se han emitido...etc., que puede acompañar a otros medios de prueba o ser aportado de forma autónoma.
- Como reconocimiento judicial, llevando el propio teléfono a la sede judicial para que se examine de forma directa.
- Como interrogatorio de testigos, si se propone la testifical de algún sujeto que haya sido parte de la comunicación vía “whatsapp” para que verifique su contenido.

Además, hay que tener en cuenta que es posible aportar uno sólo de los medios de prueba citados o varios de ellos a la vez (por ejemplo, documental, pericial y testifical).

Por último, admitido el mensaje “whatsapp” como medio de prueba, según el art. 382.3 Ley de Enjuiciamiento Civil, el Tribunal “valorará las reproducciones...según las reglas de la sana crítica”, es decir, se producirá la valoración, por parte del Tribunal, de la autenticidad (la comprobación de la autoría del mensaje) e integridad (la comprobación de la no alteración no autorizada del mensaje) de los datos aportados y de la incidencia de los mismos en la resolución del supuesto de hecho planteado. En este aspecto, el hecho de que el acceso a los teléfonos móviles puede ser relativamente fácil por cualquier sujeto que no sea su legítimo propietario, así como las reales posibilidades existentes de modificar el contenido e, incluso, la fecha en que los mensajes se emiten, van a ser, sin duda, factores bastante relevantes en la postura adoptada por los Tribunales en relación a la admisión del mensaje “whatsapp” como medio de prueba. Si tomamos con referencia la doctrina de los Tribunales en el ámbito penal, su contenido es bastante cauto y no llega a admitirse el contenido de estos mensajes como medio probatorio, de forma general. Tomando como referente la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015⁶⁴, en materia penal la mera aportación en juicio de los “pantallazos” de los mensajes “whatsapp” no se considera como prueba legítima. Como afirma el propio Tribunal, la posible manipulación de los archivos digitales “forma parte de la realidad de las cosas”. Por ello, si se impugna la autenticidad de los mensajes, la carga de la prueba se va a desplazar hacia el que afirme su idoneidad probatoria, y será indispensable a juicio del Tribunal, en estos casos,

⁶⁴ Reiterada en sentencia de 27 de noviembre de 2015.

la práctica de una prueba pericial que identifique el origen de la comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad del contenido.

En el orden jurisdiccional social no hay manifestación, todavía, del Tribunal Supremo, sobre el valor probatorio a otorgar a los mensajes “whatsapp”. Sí existen diversos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia en los cuales, aun cuando existen dispares criterios en la valoración de la posible admisión de esta prueba, se puede vislumbrar una cierta tendencia hacia la convergencia con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el orden penal, manifestándose las mismas cautelas sobre los riesgos de manipulación que tienen estos mensajes. Si tomamos como referencia una de las más recientes sentencias que se han pronunciado sobre este tema, cual es la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 28 de enero de 2016, los argumentos manifestados en la misma son bastante similares a los expresados por el Tribunal Supremo. Dicha sentencia afirma que, siendo los mensajes “whatsapp” un medio de prueba válido, su aportación debe cumplir una serie de reglas sin que sea posible admitir la mera copia en papel de la impresión de la pantalla. Este Tribunal entiende que es necesario un “plus” de garantía de la fiabilidad del contenido del mensaje, a través de la comprobación de que la conversación se corresponde con el número correspondiente, lo que entiende se puede conseguir aportando el propio móvil y dándose fe pública de su contenido (lo que sería un reconocimiento judicial), aportando acta notarial (lo que es igual a aportar la prueba como documento público) o aportando prueba pericial informática. Y todo ello “sin perjuicio de los riesgos que pueden existir de manipulación – a través de múltiples programas informáticos-...lo que permite que el Magistrado que valore dicha prueba pueda rechazar su eficacia probatoria”, lo cual parece sólo puede evitarse a través de la prueba pericial. En definitiva, esta significativa sentencia rechaza la validez inmediata de los mensajes “whatsapp” aportados como documento privado y exige para garantizar su fiabilidad la prueba pericial o, al menos, la existencia de fe pública sobre su contenido.

Esta doctrina, en cualquier caso, no tiene, todavía, un reconocimiento unánime en las resoluciones jurisprudenciales. Algunos Tribunales no admiten como medio de prueba los mensajes cuando sólo se aporta la copia de los “pantallazos”, en algún caso esgrimiéndose la poca fiabilidad de los mismos por su fácil manipulación⁶⁵ y, en otros, simplemente denegándose que pueda ser un medio de prueba hábil a efectos del recurso extraordinario de suplicación⁶⁶. En otras resoluciones, sin embargo, la validez de los “pantallazos” como prueba aportada como documento privado se admite sin que se cuestione ni su autenticidad, ni su

⁶⁵ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 7 de abril de 2015.

⁶⁶ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de junio de 2014, y de Castilla-León, de 8 de abril de 2015.

integridad y, por lo tanto, sin la exigencia de que se deba aportar a través de un medio de prueba distinto⁶⁷. Por último, también existen criterios jurisprudenciales similares al expresado en la comentada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 28 de enero de 2016, por cuanto condicionan la admisión de la prueba a que se aporte a través de un medio diferente al mero documento privado, como puede ser la prueba testifical⁶⁸ o el reconocimiento judicial del propio teléfono móvil. En relación a esta posibilidad es significativa, por sus similitudes con la aludida sentencia, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de septiembre de 2014, en la cual se argumenta que, aun cuando la valoración de la prueba incluida en nuevas tecnologías como facebook, e-mails o smartphones tiene como dificultad la garantía de que esté garantizada la seguridad de la información, no por ello “pueden ser desbancados o denegados cuando nuestra sociedad tecnológica los presenta como herramientas o necesidades casi vitales”.

Probablemente nos parece que esta argumentación va a ser, poco a poco, la imperante en las resoluciones de los Tribunales, en la línea de considerarse que ya no tiene sentido denegar la eficacia probatoria a los indicios aportados por el contenido de los mensajes “whatsapp”, al margen de que el Tribunal exija medios de prueba que garanticen la autenticidad y fiabilidad de su contenido. Y ello, en aras a la defensa de la tutela judicial efectiva, nos parece un criterio que debe extenderse y contemplarse con mayor unanimidad por los Tribunales, sobre todo cuando los indicios existentes recaigan, mayoritariamente, sobre este tipo de pruebas. Con ello también se logrará la convergencia entre los criterios aplicados en el orden jurisdiccional social y penal, que sería lo jurídicamente razonable, sin perjuicio de que el orden penal, por la entidad de los bienes jurídicos protegidos, deba ser más exigente en la valoración de la prueba.

En conclusión, aun cuando no hay un criterio unánime en los Tribunales, comienza a aceptarse el valor probatorio de la transcripción de las conversaciones “whatsapp” en el planteamiento de los recursos de suplicación del orden social, con cautelas, en ocasiones, sobre el medio de prueba a través del cual se debe aportar, y también parece abrirse camino la legalidad de la revisión de su contenido por parte del empresario, en los términos establecidos para el correo electrónico. Todo ello incide, que duda cabe, en las importantes implicaciones que hoy en día tiene para un trabajador el uso de este servicio de mensajería instantánea en el marco de la relación laboral, que deberían ser advertidas a éste de forma más

⁶⁷ Sentencias del Tribunal Superior de Cantabria, de 4 de septiembre de 2015, de 15 de julio de 2014 (en este caso, es una grabación de mensaje en “whatsapp”) y de Cataluña, de 16 de octubre de 2015. Esta última, afirma que este medio de prueba “responde a la realidad social de nuestro tiempo”, y que es la dificultad que tiene la prueba de la existencia de laboralidad en las relaciones de trabajo la que determina el que sea necesario admitir estos indicios.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 22 de diciembre de 2014.

explícita a través de los cauces normativos apropiados en aras a procurarle una mayor seguridad jurídica.

6. CONCLUSIONES

El empresario tiene un mayor margen legal para prohibir el uso del teléfono móvil durante el tiempo de trabajo que para imponer su utilización al trabajador. Así, esto sólo será posible si el teléfono es propiedad de la empresa y su uso es imprescindible en el marco de la prestación de servicios. Si el teléfono es propiedad del trabajador, este sólo está obligado a indicar a la empresa el número de forma voluntaria y con posibilidad de cancelarlo.

Por otra parte, a la luz de las resoluciones analizadas, es evidente que no puede obviarse la influencia que el uso de los mensajes “whatsapp” está teniendo en el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo, con la consiguiente necesidad de que el legislador comience a abordar y aclarar la legitimidad de su uso en determinadas circunstancias. Particularmente, nos referimos a la determinación de su legalidad como medio de prueba en el procedimiento laboral o como cauce para la extinción de la relación laboral, en este último caso entendemos que con una determinación restrictiva para los supuestos de despido disciplinario. Por otra parte, la incidencia de estos mensajes en la delimitación de la buena fe contractual y las posibilidades de inspección que tiene el empresario, desde luego son factores que aconsejan que los trabajadores tengan conocimiento de las implicaciones que puede tener el uso indebido o descuidado del “whatsapp” en el marco de una relación de trabajo, ya sea dentro o fuera de su jornada laboral. Así, aun cuando sea ésta una aplicación creada para agilizar la comunicación informal entre sujetos privados, cuando su uso está inmerso en un contexto de relaciones profesionales su contenido trasciende la mera relación entre particulares y debe ser acorde con las obligaciones dimanantes del deber de buena fe contractual al que están sujetos empresario y trabajador. Ciertamente es que el legislador no puede abordar todas las posibles implicaciones derivadas de la aplicación de las nuevas tecnologías a las relaciones laborales, pues su constante evolución determinará la corta duración de su posible eficacia y porque no es posible tratar toda su problemática de forma genérica. Pero sí es cierto que, en cuestiones puntuales, la incidencia del recurso a las nuevas formas de comunicación debe tener presencia en la legislación y en la negociación colectiva, en aras a limitar la posible desprotección de los trabajadores ante las negativas consecuencias que su uso le puede reportar.

El papel de la negociación entre los agentes sociales va a ser, probablemente, el más determinante para establecer los cauces de información más adecuados para los trabajadores sobre los efectos que el uso del “whatsapp” en el ámbito

de la relación laboral⁶⁹. La mera negociación de infracciones en los convenios colectivos relacionadas con el uso de los teléfonos móviles durante el desarrollo de la relación de trabajo queda ya muy obsoleta para proteger al trabajador frente a todas sus posibles implicaciones, es más, es un mecanismo que sólo es útil para el ejercicio del poder empresarial. Será necesario, y a corto plazo, el establecimiento de normas internas, códigos de conducta o acuerdos empresariales que comiencen a delimitar los derechos de los trabajadores, sobre todo en lo relativo a la protección del derecho a su intimidad, y a informar sobre las negativas repercusiones que su utilización puede tener, incluso fuera del contexto del lugar y el centro de trabajo.

La reforma normativa acometida en el Código de Trabajo francés, incluyendo el reconocimiento a los trabajadores de su derecho a la desconexión laboral, ya comienza a abrir camino en este sentido, imponiendo la “Adaptación de la legislación laboral en la era digital” sobre todo a través de la negociación colectiva. Y es que su reforma incide en la necesidad de que ésta sea la que elabore una política de actuación al respecto, que deberá definir las modalidades para su ejercicio y la puesta en marcha de acciones de formación y sensibilización dirigida a mandos intermedios, trabajadores y dirección. No cabe duda de que el uso de los teléfonos móviles es uno de los factores decisivos que será necesario controlar si se pretende una implantación real y efectiva de medidas para impedir la confusión entre tiempo de descanso y de trabajo que está acarreado el uso intensivo de los nuevos medios de comunicación impulsados por las nuevas tecnologías.

⁶⁹ Coincidimos con el criterio manifestado por Mella Méndez, L. “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, op.cit., p. 16.