

A vueltas con la mensajería de WhatsApp

Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de junio de 2017, recurso 273/2017

Mónica Ricou Casal

Funcionaria y letrada

1. MARCO NORMATIVO

El estudio de esta sentencia nos conduce a tres apartados en relación con el objeto de la misma: la suspensión del contrato por incapacidad temporal (IT), la dimisión del trabajador frente al despido disciplinario y los medios de prueba en el procedimiento laboral.

- a) El [artículo 45.1 c\) del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre](#) (ET), permite suspender el contrato cuando el trabajador se encuentra en situación de IT. Mientras esta situación se produzca, esta ausencia de su puesto de trabajo está justificada. Desde el momento en que el trabajador recibe el alta médica, su obligación es reincorporarse a su puesto de trabajo.

En el [artículo 20.4 del ET](#) señala que el empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones.

La IT viene regulada en los [artículos 169 y siguientes del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre](#) (LGSS). En su [artículo 174.5](#) prescribe los supuestos de extinción del derecho al subsidio, donde queda enmarcado el caso objeto de estudio.

- b) La dimisión del trabajador queda regulada en el [artículo 49.1 d\) del ET](#). El trabajador tiene el deber de trabajar y el empresario, el deber de remunerar ese trabajo. Solo por una causa justificada debe ausentarse de su puesto de trabajo o no personarse. El fundamento de esta institución es la libertad del trabajador y el carácter tuitivo protector que informa el derecho del trabajo. El trabajo es vital para una persona, para su supervivencia, y ha de ser tratado con el máximo respeto y garantías.

El campo de la figura de la dimisión del trabajador ha sido siempre controvertido, ya que puede desdibujarse con la figura del despido disciplinario. En el caso estudiado, reclamar contra una resolución denegatoria de la pensión de incapacidad permanente no es motivo justificado para no acudir a trabajar.

- c) El artículo 299.2 de la [Ley 1/2000, de 7 de enero](#), de enjuiciamiento civil, prevé la aceptación de los medios de prueba electrónicos siempre que no se vulneren los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la [Constitución española](#) (STS 298/2013, de 13 de marzo, Sala 2.^a). No obstante, es aconsejable para la validez del medio de prueba que se dé fe pública de la transcripción de los «Whats-Apps» a través de: acta del contenido, con transcripción de los mensajes recibidos en el dispositivo, levantada por el letrado de la Administración de Justicia (SAP de Córdoba 159/2014, de 2 de abril); acta notarial; la exhibición o cotejo con el otro terminal implicado y práctica de una prueba pericial informática.

2. BREVE SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

Por escrito de 19 de febrero de 2016, la Dirección Provincial del INSS de Madrid comunica a la Agencia Madrileña de la Comunidad de Madrid que, en relación con la IT que desde el 25 de noviembre de 2015 tenía reconocida a la demandante, quedaba extinguido el abono de la prestación de IT, con efectos de fecha 12 de febrero de 2016, como consecuencia de la denegación de la incapacidad permanente. Al no reincorporarse a su puesto de trabajo, en fecha 25 de febrero de 2016 la empresa remite burofax a la trabajadora para que justificara sus ausencias, entendiéndose de no hacerlo que renunciaba a su puesto de trabajo. El burofax es recibido por la trabajadora en fecha 29 de febrero de 2016. La empresa, mediante Resolución de 8 de abril de 2016, da por finalizada la relación laboral con la empresa con efectos 1 de marzo de 2016, por dimisión tácita de la trabajadora, congruente con los burofaxes enviados.

No se produce en ningún momento circunstancia alguna que permita entender que la trabajadora quisiera continuar con su actividad laboral. Se le requiere por parte de la empresa su reincorporación o que justifique su inasistencia; si no, se consideraría que renuncia a su puesto de trabajo. Hay una insistente decisión de no acudir al puesto de trabajo y no tener ocupación efectiva.

3. CLAVES DE LA POSICIÓN JUDICIAL

La sentencia enmarca la causa de la extinción del contrato como dimisión tácita, en contraposición a la sentencia de instancia que había estimado la demanda, declarando la improcedencia de la extinción del contrato por motivos disciplinarios. Las expresiones vertidas por la aplicación móvil WhatsApp por la trabajadora son determinantes de que la actora no quería seguir en su actividad laboral, una vez finalizada la causa de suspensión por IT.

En los hechos que dieron lugar al objeto del litigio se pone de manifiesto la relevancia de la mensajería instantánea de WhatsApp; se intercambian mensajes entre empresa y trabajadora. La insistente decisión de no ocupar su puesto de trabajo se desprende de expresiones mantenidas en conversaciones de WhatsApp.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA ASENTADA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN *AD FUTURUM*

La doctrina se asienta, en primer lugar, en la diferenciación entre despido disciplinario y dimisión del trabajador. La sentencia de instancia había estimado la demanda de la trabajadora señalando que, para apreciar dimisión, debe existir una voluntad incontestable, lo que, a su juicio, no concurre por la inasistencia al trabajo, indicando que no estaba en condiciones de trabajar por su incapacidad.

Se discrepa de la sentencia de instancia porque la hipotética incapacidad no había sido declarada. La trabajadora estuvo de baja por IT. Esta situación conlleva una suspensión de la obligación de trabajar, situación que se prolongó hasta el 12 de febrero de 2016, cuando se comunica la denegación de la solicitud de la incapacidad permanente. Si no hay, como es el caso, una resolución de incapacidad permanente ni una baja por IT, con partes médicos que justifiquen la incapacidad de la trabajadora de desarrollar su actividad laboral, ¿cómo se justifica una ausencia de la trabajadora? La empresa crearía un precedente: con todo trabajador al que se le terminara la baja por IT, si, a su criterio, no se sintiera capacitado para trabajar y no acudiera a su centro de trabajo, la empresa debería asumir el coste de una ausencia. Y ello, con la consiguiente problemática de ¿qué se le paga a ese trabajador?, ¿en qué norma se ampara la empresa para suspender una de las obligaciones básicas y principales de la relación laboral como es la prestación personalísima de desarrollar su actividad laboral? Jurídicamente, resulta difícil de entender y carece de fundamentación que se considere despido improcedente.

Como señala el ET, las ausencias injustificadas son causa de despido disciplinario. En el caso objeto de estudio, estas ausencias no son precisamente «misteriosas» o de desconocimiento de su causa. Expresamente, la trabajadora manifiesta a la empresa su voluntad cuando señala literalmente «No me puedo incorporar» y su intención de recurrir la decisión del INSS de no estimar la solicitud de incapacidad permanente. En la sentencia estudiada, con acierto, deja sin efecto la consideración de despido improcedente, enmarcándolo, como no podía ser de otra forma, en el ámbito jurídico de la dimisión tácita. Con la jurisprudencia que se cita en los fundamentos de derecho nos acercamos a la figura de la dimisión tácita: la conducta seguida por el trabajador subraya su opción por la ruptura; no hay margen de duda: no se presenta a su puesto de trabajo, no justifica la ausencia y su único objetivo es impugnar la resolución del INSS, indicando que no se puede incorporar. La trascendencia de la doctrina que expone la sentencia se centra principalmente en diferenciar cuándo las ausencias del puesto de trabajo constituirán despido o cuándo, siguiendo doctrina y jurisprudencia jurídico-laboral, dimisión tácita, lo cual dependerá del con-

texto, las circunstancias y la voluntad clara y manifiesta del trabajador. Es una sentencia no extensa, pero sí clara y concluyente en las dudas que podrían plantear estas instituciones laborales.

Por otra parte, y no menos trascendente, se asienta la doctrina sobre la mensajería móvil WhatsApp. La forma de comunicación por esta vía es habitual tanto en la vida personal como profesional; es de lo más normal y aceptado que se creen grupos de WhatsApp de trabajo, que se cierren reuniones, que se resuelvan consultas, se realicen pedidos, etc., por lo que debe tener la importancia que en la sociedad ya tiene. La trabajadora, en el caso que nos ocupa, se comunica por WhatsApp con su jefa; le indica que le había sido denegada la pensión de incapacidad permanente; ella la contesta por la misma vía, lo que demuestra que era un medio de comunicación habitual. Un medio de prueba que ha inclinado la sentencia para que se califique la procedencia de la dimisión tácita. No obstante, no deja de ser un medio controvertido y objeto de polémica. Cualquiera puede coger un dispositivo móvil y enviar un «whatsapp». Se tiene constancia del dispositivo desde donde se envía, pero no de la persona. Aunque, para no rizar más el rizo y acudiendo al sentido común, cada uno debería ser responsable de su dispositivo móvil. Por lo que, dada la trascendencia de esta vía de comunicación, se caería en un error de no considerarlo un medio de prueba válido en Derecho y que refleja la realidad de la sociedad actual.