

DOCUMENTO PARA LA IMPLANTACIÓN DEL PROTOCOLO DE SISTEMAS DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA

Este documento tiene por objeto resolver las dudas más frecuentes que pueden surgir a la hora de implantar el protocolo de sistemas de mensajería instantánea, así como también realizar sugerencias para su correcta puesta en marcha dentro de la empresa.

¿La empresa puede elaborar un protocolo sobre el uso de sistemas de mensajería instantánea?

Sí, conforme al artículo 5.c) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores los empleados deberán cumplir las órdenes e instrucciones del empresario, o la persona en la que este delegue, dentro del ejercicio regular de sus funciones directivas. En consecuencia, la empresa puede poner en marcha un protocolo cuyo objetivo sea regular no solo el uso de los sistemas o grupos de mensajería instantánea que la empresa pone a disposición de sus trabajadores, sino también establecer pautas y recomendaciones cuando los empleados usen sus propios grupos o sistemas de mensajería para la organización del trabajo o para la difusión de órdenes o instrucciones. Este protocolo también podrá establecer medidas tendentes a evitar distracciones en el puesto de trabajo. Asimismo, la empresa debe garantizar el debido respeto a la dignidad del trabajador y una protección efectiva frente al acoso, lo cual repercute en el uso que se pueda efectuar por parte de los trabajadores de los servicios de mensajería instantánea (art. 4.2.d) y e) del Estatuto de los Trabajadores)

¿La empresa puede elaborar este protocolo de forma unilateral o debe negociarlo con sus trabajadores?

La empresa es libre de elaborar un protocolo sobre el uso y manejo de los sistemas de mensajería instantánea sin dialogo ni negociación previa con los trabajadores, siempre y cuando en la empresa no exista Comité de Empresa o representantes legales o sindicales de los trabajadores, si bien, **en todo caso**, sí que será preciso negociar con los representantes legales de los trabajadores, o con los propios trabajadores de forma directa, todos aquellos aspectos del protocolo que puedan estar ligados a la creación, implantación

y puesta en marcha del protocolo anti acoso. (Más adelante se comentarán las especialidades en materia de protección frente al acoso)

¿Cómo debo comunicar a la plantilla la puesta en marcha del protocolo?

Para que la puesta en marcha del protocolo resulte efectiva la plantilla de la empresa debe conocer su contenido y familiarizarse con el mismo. La falta de transmisión y notificación del protocolo puede ser esgrimido por el trabajador como argumento para eludir las responsabilidades de sus actos, alegando desconocer el código de conducta interno de la empresa.

Con el fin de garantizar que todo el personal conozca el protocolo se deberían adoptar las siguientes medidas:

1. Colgar el protocolo en el tablón de anuncios existente en la empresa.
2. Notificar individualmente a todos los trabajadores de la plantilla el protocolo, pudiendo emplear diversas vías para alcanzar este objetivo:
 - a. Entregar al trabajador una copia del protocolo en papel, firmando el trabajador el correspondiente recibí de entrega (se adjunta formulario para ello).
 - b. Entregar al trabajador una copia del protocolo por medio de correo electrónico si resulta posible, debiendo quedar constancia de la fecha y hora de la recepción de este correo por el empleado.
 - c. Para los trabajadores de nuevo ingreso, incorporar como Anexo del contrato de trabajo el protocolo, firmando el trabajador la recepción del mismo en el momento de suscribir el contrato.

¿Y si además la empresa cuenta con un Comité o con representantes legales de los trabajadores?

La empresa podrá seguir elaborando el protocolo sobre uso de los sistemas de mensajería instantánea de forma unilateral, sin necesidad de negociación previa con el Comité de empresa o los representantes legales de los trabajadores, (salvo en aquellos aspectos que puedan afectar al protocolo anti acoso del que debe disponer toda empresa, como se comentará más adelante)

Ahora bien, que no sea necesaria una negociación previa con los representantes de los trabajadores no significa que la empresa no deba cumplir determinadas formalidades para poner en marcha el protocolo. Así, conforme al artículo 64.5.f) del Estatuto de los Trabajadores, antes de poner en marcha el protocolo sobre uso de los sistemas de mensajería instantánea (con las peculiaridades en materia de acoso que se señalarán) **el Comité o los representantes de los trabajadores (si los hubiera en la empresa) tendrán derecho a emitir informe sobre el alcance y contenido del protocolo por plazo de 15 días.**

Mientras el Comité o los representantes legales de los trabajadores no emitan el informe, o no transcurran los 15 días de plazo máximo señalados, la empresa no podrá poner en marcha el protocolo ni comunicárselo a la plantilla.

La empresa deberá trasladar al Comité o a los representantes legales de los trabajadores la documentación e información necesaria para poder realizar este informe con las debidas garantías. En este sentido se deberá aportar no solo el texto del protocolo, sino también la documentación que se solicite por el Comité o los representantes legales y que tenga una conexión directa con el contenido del protocolo, siempre y cuando no se trate de datos de carácter personal.

La empresa no está obligada a aceptar ninguna de las contrapropuestas o modificaciones solicitadas por el Comité o los representantes legales de los trabajadores en el informe que elaboren (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 723/2016, de 13 de septiembre). Como se ha señalado no estamos ante una negociación (salvo en lo relativo al protocolo anti acoso). Esto no significa que en aras a mantener la paz social la empresa pueda

aceptar alguna de las recomendaciones o peticiones formuladas por el Comité o por los representantes de los trabajadores.

Es de extraordinaria importancia que se respete este requisito formal y que por tanto se permita la emisión de este informe dentro del plazo señalado. No hacerlo supondrá la nulidad de la puesta en marcha del protocolo.

Emitido el informe por parte del Comité o de los representantes legales, o transcurrido el plazo máximo de 15 días sin que el mismo se haya emitido, la empresa podrá poner en marcha el protocolo sobre uso y manejo de los equipos telemáticos, con o sin las modificaciones propuestas desde la parte sindical, comunicando el mismo a todos los trabajadores de la empresa.

¿Y qué sucede con respecto a los delegados sindicales?

Si una empresa cuenta con Comité o con representantes legales de los trabajadores pero también con delegados sindicales, o exclusivamente con delegados sindicales, la puesta en marcha del protocolo sobre uso y manejo de los equipos telemáticos deberá respetar los mismos trámites y derechos respecto de los delegados sindicales que los previstos para el Comité de Empresa y representantes legales de los trabajadores. Los delegados sindicales tienen derecho a la misma información y garantías por aplicación del art. 10.3 de la Ley de Libertad Sindical.

En consecuencia deberán seguirse con los delegados sindicales los mismos pasos y procedimientos que los previstos respecto del Comité de Empresa y representantes legales de los trabajadores explicados en la pregunta anterior.

¿Los representantes legales o sindicales de los trabajadores pueden usar los sistemas de mensajería instantánea propiedad de la empresa para transmitir información sindical o laboral al resto de los trabajadores?

El derecho fundamental a la libertad sindical comprende el “derecho a la actividad sindical” conforme al art. 2.1.d) de la Ley Orgánica 11/1985. Dentro del concepto actividad sindical se incluye el derecho a la difusión de información en la empresa por parte de los representantes de los

trabajadores y de los delegados sindicales, tanto a través del tablón de anuncios habilitado al efecto como de cualquier otro medio.

En este sentido, el uso de los sistemas de mensajería instantánea que la empresa ha puesto a disposición de los trabajadores para la difusión de información laboral y sindical por parte de los representantes electos sería legal, siempre y cuando estos sistemas de mensajería ya existan, su utilización por la difusión de información sindical no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respete la proporcionalidad de sacrificios.

No se puede obligar a la empresa a articular sistemas de mensajería instantánea para ponerlos a disposición de los representantes legales o sindicales de los trabajadores si no existen. Por el contrario, si la empresa ya dispone y emplea estos sistemas de mensajería instantánea, los representantes de los trabajadores y delegados tienen derecho a emplear los mismos para el desarrollo de su actividad sindical. Prohibirlo podría considerarse una vulneración del derecho a la libertad sindical. Ahora bien, esto no supone que los delegados y representantes puedan emplear estos sistemas de mensajería instantánea sin ningún tipo de límite ni criterio. La empresa está legitimada para establecer procedimientos de uso, por ejemplo, señalando las horas concretas en que se podrán emplear para el desarrollo de la actividad sindical (que coincidan con las horas de menor actividad de tráfico de datos en la empresa). Asimismo, el uso para fines sindicales no puede perjudicar el uso específico empresarial para el cual fueron creados estos sistemas de mensajería instantánea (por ejemplo, mediante la difusión constante y sistemática de información sindical durante la jornada de trabajo perjudicando el desempeño de la actividad laboral). En caso de incumplimiento de estas directrices o de un uso abusivo de los sistemas de sistemas de mensajería instantánea para fines sindicales la empresa podrá establecer limitaciones adicionales en su utilización, pudiendo incluso bloquear el acceso temporalmente, por ejemplo, si un uso abusivo o intensivo implica lentitud en el tráfico de información o supone un aumento de gastos por la necesidad de reforzar la capacidad de los equipos.

¿Realmente puedo monitorizar y vigilar el uso que hacen mis trabajadores de los sistemas de mensajería instantánea titularidad de la empresa?

Sí, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores permite a las empresas adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus deberes y obligaciones laborales.

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (asunto Barbulescu), ha reforzado los requisitos que deben cumplir las empresas para poder monitorizar y vigilar el contenido de los sistemas de mensajería instantánea puestos a disposición de los trabajadores.

Como consecuencia de esta nueva doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para llevar a cabo la monitorización y vigilancia de los equipos telemáticos y de los sistemas de mensajería instantánea propiedad de la empresa será preciso:

1. Que la empresa disponga de un protocolo, o de instrucciones internas claras y precisas, que prohíban o limiten el uso de estos sistemas de mensajería instantánea para fines personales ajenos al trabajo.
2. Que en el protocolo o instrucciones internas se establezca expresamente que la empresa se reserva el derecho de vigilar y monitorizar los sistemas de mensajería instantánea de su titularidad.
3. Que en el propio protocolo, o bien mediante normas internas o comunicaciones posteriores, se ponga en conocimiento de los trabajadores investigados cuáles serán los medios y mecanismos concretos empleados para la vigilancia y monitorización (como se llevará adelante, que instrumentos se utilizarán, quien se encargará de auditar la revisión)
4. Que existan motivos concretos que justifiquen la vigilancia y monitorización de los sistemas de mensajería instantánea (por ejemplo, sospecha de fuga de datos, de uso irregular de los equipos

por trabajadores, denuncias de acoso, que la empresa maneje datos sensibles que exijan una auditoria y vigilancia constante, etc.)

5. Que en el momento concreto de proceder a la vigilancia y monitorización, y por tanto de la intrusión en los sistemas de mensajería instantánea utilizados por el trabajador, deberán estar presentes representantes legales de los trabajadores si existen en la empresa y a ser posible los propios afectados.
6. La vigilancia y monitorización debe ser lo menos intrusiva posible pues el Tribunal Europeo exige preservar el derecho a la intimidad del trabajador, (por ejemplo, identificando las cuentas de mensajería ajenas a la empresa con las que se ha contactado y el tiempo que se ha chateado estas, pero sin revisar ni visualizar el contenido concreto de la conversación)

En cualquier proceso de vigilancia la empresa deberá intentar observar todos estos requisitos para evitar que cualquier prueba obtenida pueda ser declarada nula por violación del derecho a la intimidad del trabajador.

¿Y puedo vigilar los sistemas de mensajería instantánea de la empresa instalados en el teléfono móvil que la empresa ha puesto a disposición del trabajador?

Sí, siempre y cuando se respeten los requisitos fijados en el protocolo y en el punto anterior a la hora de realizar el control de los sistemas de mensajería instantánea instalados en el teléfono móvil titularidad de la empresa.

¿Y puedo revisar las cuentas de mensajería instantáneas personales del trabajador si las usa desde el ordenador, el móvil o las tablets que la empresa le haya podido dejar?

No, con matices. Las cuentas de mensajería instantánea del trabajador están protegidas por el derecho a la intimidad y al secreto de comunicaciones, y la empresa no podrá acceder al contenido de ninguno de sus mensajes aunque se hayan efectuado desde equipos titularidad de la empresa.

Ahora bien, la empresa sí que podrá verificar que se han instalado sistemas de mensajería instantánea (tipo Whastapp) en los equipos titularidad de la empresa si existía prohibición al respecto, así como verificar el tiempo que se estuvo conectado a estas cuentas de mensajería instantánea particulares durante el tiempo de trabajo, pero sin acceder en ningún momento al contenido y comentarios de estas cuentas particulares de mensajería.

¿Se puede sancionar por incumplir el protocolo?

Sí, las obligaciones contenidas en el protocolo forman parte de la relación laboral y su incumplimiento podrá dar lugar a sanción, la cual se fijará atendiendo a la gravedad de los hechos y a lo dispuesto en el Convenio Colectivo que resulte de aplicación.

¿Qué peculiaridades existen en relación con la protección frente al acoso a la hora de diseñar el protocolo sobre el uso de sistemas de mensajería instantánea?

El artículo 48.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, exige a todas las empresas, con independencia de su tamaño y número de trabajadores, disponer de un protocolo frente al acoso. Resulta irrelevante que la empresa disponga de un solo trabajador o de miles de ellos, pues la obligación de disponer de este protocolo anti acoso es exigible a todas ellas, hasta el punto de que ante su ausencia la Inspección de Trabajo podría sancionar a la empresa por la comisión de una falta muy grave, conforme al artículo 8 del 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. La cuantía de la multa de la Inspección de Trabajo, en función de la gravedad del caso, podría oscilar entre los 6.251 y los 187.515 euros. Asimismo, la ausencia de este protocolo podría considerarse como una actuación omisiva por parte de la empresa a la hora de garantizar una adecuada protección frente al acoso, así como también un incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo. En consecuencia, se recomienda encarecidamente que si la empresa no dispone de protocolo anti acoso proceda a elaborar el mismo.

El protocolo anti acoso, por exigencia del art. 48.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, debe ser negociado con los representantes legales de los trabajadores o con

estos directamente si no existe representación en la empresa. Por este motivo, con el fin de no interferir en los protocolos anti acoso que existan o se vayan a desarrollar en la empresa y que exigen su negociación con los representantes de los trabajadores, las cláusulas del protocolo de mensajería instantánea relativas a la protección frente al acoso se han diseñado de forma abierta y genérica, remitiéndose en todo caso al contenido de las instrucciones o protocolos anti acoso que la empresa haya acordado o vaya a negociar.