

METAMORFOSIS EPISTOLAR: DE LA CORRESPONDENCIA POSTAL ESCRITA AL AVANCE DIGITAL

Magister LAURA VIVIANA LEONELLI

Abogada MARÍA EUGENIA NIETO

LONGHIN

Abogada VICTORIA LIA CALERO

LEONELLI

INTRODUCCIÓN

Las comunicaciones entre empleador y trabajador se han efectuado tradicionalmente utilizando el telegrama Ley 23.789, la carta documento o el acta notarial. Pero el giro copernicano producido por la sustitución del soporte papel por el soporte magnético u óptico, nos conduce a replantearnos cómo efectuar comunicaciones fehacientes entre las partes de una relación de trabajo acordes a esta nueva realidad. El avance tecnológico ya llegó, y vino para quedarse y profundizarse. Las tecnologías de la información y la comunicación nos obligan a los operadores del Derecho a aggiornarnos, a dejar de lado miedos y prejuicios, a familiarizarnos y aplicarlas en nuestro trabajo diario, al servicio de la comunidad y de la justicia. En este contexto, proponemos cómo emplear WhatsApp, un servicio de mensajería instantánea multiplataforma, a fin de efectuar notificaciones fehacientes entre trabajador y empleador relativas a la relación o contrato laboral que los vincula.

Las dificultades en el intercambio comunicacional en soporte papel tradicional, nos inducen a incorporar otras herramientas a la hora de efectuar comunicaciones en el ámbito del Derecho del Trabajo. La normal demora en la entrega de las piezas postales, agudizada por la pandemia que nos ha azotado en este 2020, o incluso la pérdida de las mismas, nos inducen a buscar medios alternativos a fin de sortear estas dificultades, que pueden implicar, por ejemplo, la configuración de un despido anticipado. Por otro lado, el costo de las cartas documento y las actas notariales -sin ánimo de

perjudicar la actuación de escribanos y notarios- pone en jaque el derecho de defensa de empleadores, más aún cuando se trata de un pequeño emprendimiento como un kiosco o una verdulería.

Es usual escuchar que la ley siempre va un paso atrás de la realidad. Pero es dable resaltar que la normativa laboral, ya sea por previsión o por atino, requiere que la notificación entre las partes sea fehaciente, no especificando un medio concreto medio para ello, lo que deja la puerta abierta a la creatividad todos los operadores del Derecho.

El empleo de WhatsApp en las comunicaciones laborales no es una novedad. En el devenir diario la plataforma es utilizada, por ejemplo, para informar una licencia por enfermedad inculpable o una demora en la llegada al trabajo, brindar instrucciones relativas a tareas a realizar o indicar cambios de horario.

En la presente ponencia planteamos la utilización de WhatsApp como medio de comunicación entre empleador y trabajador e -intentamos- esbozar una suerte de mapa para la notificación fehaciente de los intercambios.

DESARROLLO

LA EVOLUCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

Desde los inicios de los tiempos la comunicación entre los seres humanos ha constituido un principio básico de supervivencia y un accionar natural para nuestra especie. El hombre ha creado diferentes medios de comunicación que, con el avance de las nuevas tecnologías, ha logrado un alcance mundial adquiriendo así mayor flexibilidad y practicidad.

Podemos hablar de una evolución que va desde las representaciones pictográficas para la manifestación de ideas, al advenimiento de la escritura que en el siglo XV tuvo una gran transformación con la invención de la imprenta en occidente (concebida con Gutenberg), modificándose de esta manera el modo en que se divulgan los conocimientos.

Con el tiempo se introdujeron nuevos avances de la tecnología que implicaron una nueva evolución en las vías de comunicación. Así es como en el siglo XIX, el ingeniero Alexander Graham Bell patentó

el teléfono; a su vez el siglo XX fue un gran siglo para los avances en las tecnologías de las comunicaciones donde en 1940 aparecieron las primeras computadoras, las cuales se introdujeron en diversas áreas de la sociedad de los países desarrollados.

Desde la prehistoria hasta nuestros días se ha demostrado, de diferentes maneras, que es inevitable comunicar, así como también es inevitable la evolución de dichas comunicaciones para el mejoramiento de las mismas.

Pero bien, ¿Cómo fue la evolución de la internet en el mundo? Antes de adentrarnos, hay que explicar el significado de internet, dicho nombre procede de una necesidad que, precisamente, nació para acelerar las comunicaciones. Internet no es más que una abreviatura de los términos network (red en inglés) e

interconnet (de interconexión). Por lo que podríamos concluir que es una red global interconectada.

En 1957, los Estados Unidos de Norteamérica intentaban mostrar su superioridad a través del liderazgo científico y tecnológico en el contexto de la Guerra Fría. Por entonces, las Fuerzas Armadas de ese país, propiciaron la creación de la “Agencia para Proyectos de Investigación Avanzada”, mejor conocida como ARPA. Cada uno de los investigadores que integraba este grupo de trabajo quería tener a su disposición una máquina particular, lo cual resultaba muy difícil ya que los costos de utilización de cada una eran elevadísimos; la solución que se propuso fue conectar cada equipo a una red universal.

Así se lanza el proyecto Arpanet, con el fin de conectar las computadoras a distancia. Las primeras cuatro máquinas en conectarse fueron las de la Stanford Research Institute y la Universidad de Utah (en el estado de Utah) y las Universidades de Los Ángeles y Santa Bárbara, en el estado de California. Arpanet fue considerada posteriormente la red “precursora” de Internet y comenzó a operar en 1969.

Utilizando la misma tecnología, el Departamento de Defensa de los Estados Unidos logró en 1983 formar una red propia que conectara sus computadoras. Esa red fue denominada Milnet. En el tiempo, esos nodos se multiplicaron y potenciaron. Las redes creadas pasaron de ser redes de uso

militar y científico, a conformar una red mundial de uso cotidiano y doméstico. Inicialmente los cibernautas abrían páginas web, las cuales eran archivadas en servidores.

Muchas de ellas eran colgadas por los usuarios que las creaban en formato HTML, herramienta elemental y sin movimiento, sin links ni animaciones.

En la década del 90 los protocolos de conexión se estandarizaron y fue entonces cuando el británico Tim Berners-Lee diseñó el primer sistema de comunicación entre un servidor y el cliente. Ese fue el inicio de la Red Informática Mundial, mejor conocida como World Wide Web (www) por sus siglas en inglés¹.

Como bien explica Luis Bahillo en su artículo “Historia de internet: cómo nació y cuál fue su evolución”, internet ha ido evolucionando y mejorando las comunicaciones, incrementándose exponencialmente los usuarios a nivel mundial, cifra que aumentó mayormente por el impulso de los dispositivos móviles. De acuerdo con los datos del informe Digital 2020 que realizan We Are Social y Hootsuite, en enero de 2020 se contabilizaron 4.540 millones de internautas en el mundo, y esta cifra representa ya a más de la mitad de la población mundial (59%).

A su vez, ha evolucionado el uso de las redes sociales. En el año 2002 se creó Friendster, una red social para amantes de los videojuegos; en el 2003 MySpace y LinkedIn (red social en el ambiente del empleo). En 2004 un universitario de Harvard llamado Mark Zuckerberg creó la red social que hoy en día es la más importante en el mundo: Facebook. Con el tiempo, fueron apareciendo multitud de otras nuevas; algunas no tuvieron éxito, como Google+, otras lo tuvieron, pero de forma efímera, como Snapchat. Las más recientes siguen intentando llegar al Olimpo del social media, como TikTok. Millones de usuarios de todo el mundo acceden a las redes sociales cada día. Facebook sin duda es líder con 2.449 millones de usuarios a enero de 2020, seguida de lejos por YouTube, que puede presumir de contar con 2.000 millones de usuarios. WhatsApp, la gran plataforma de mensajería instantánea de Facebook, se encuentra en el tercer puesto entre las redes con más usuarios del mundo: nada menos que 1.600 millones de

¹ CALERO LEONELLI, Eleonora Laura, “Estudio sobre la renovación tecnológica y su impacto en el ejercicio de la labor periodística. Caso: Diario Los Andes”, tesis de grado, Mendoza, año 2013, Universidad de Congreso.

¹ personas, mientras que la otra plataforma de mensajería de Facebook, Messenger, se encuentra

en la cuarta posición con 1.300 millones de usuarios a nivel mundial en enero 2020. Instagram, que cuenta con 1.000 millones de usuarios cierra la terna de plataformas de Facebook que protagonizan dentro de las 10 con más usuarios del mundo.

Lo expuesto deja en claro que la irrupción de las modernas tecnologías de la informática ha influido directamente en los medios comunicacionales a lo largo de todo este tiempo. La tecnología primero y luego la pandemia producto del COVID- 19, han acarreado un cambio en la forma del desarrollo de las comunicaciones, abarcando también un sin número de profesiones. Nos encontramos así ante una evolución abrupta en mundo de los operadores del Derecho, no quedando otra forma que hacer frente a la misma, adaptándonos e informándonos para cumplir con nuestro compromiso con la Justicia.

EL AVANCE DIGITAL

Como hemos mencionado anteriormente, el avance digital en las comunicaciones ha crecido exponencialmente en los últimos años. Con la evolución tecnológica y la consecuente creación de distintas aplicaciones, se han facilitado y agilizado las comunicaciones entre los seres humanos. Podríamos decir que estamos viviendo en la era de comunicación digital, que día a día crece de tal manera que va al mismo ritmo de las nuevas tecnologías e innovaciones. Y en este avance se ve afectado directamente el Derecho y, como consecuencia, el sector legal.

En virtud de esta innovación y evolución de la digitalización, nuestra presión se ha transformado por completo y lo seguirá haciendo. Ante estas circunstancias resulta indispensable adaptarse este avance a pasos agigantados, dado que lo que se busca es la mejora, la optimización del funcionamiento del servicio y sistema Judicial.

No caben dudas de que el mundo ha cambiado y evolucionado como consecuencia del avance tecnológico, por lo debemos también hacerlo nosotros con él, sin tener temor a aprender nuevos conceptos y herramientas. Debemos estar dispuestos y comprender que nuestra profesión evoluciona constantemente, lo que no quiere decir que la tecnología va a remplazarnos, sino que viene a mejorar y transformar el ejercicio de la abogacía, para encontrarnos a la altura de los nuevos desafíos, a lo que ya estamos acostumbrados dado el dinamismo característico de nuestra

disciplina, por lo que todos los agentes del derecho debemos hacerlo.

INTERCAMBIO EPISTOLAR

Exponemos primeramente el significado de la palabra intercambio y en forma separada el de epistolar, para concluir así en qué consiste el intercambio epistolar en el Derecho Laboral.

Para entender el término intercambio se hace necesario, en primer lugar, saber su origen etimológico. En este caso, podemos subrayar que se trata de una palabra que deriva del latín, concretamente es el resultado de la unión de varios componentes léxicos:

- El prefijo “inter”, que se usa para indicar “entre”, y
- El sustantivo “cambius”, que puede traducirse como “cambio”.

Intercambiar es el resultado de un acto que consiste en el intercambio de cambiar recíprocamente un objeto por otro, se entrega una cosa por otra.²

² PEREZ DE PORTO Julián, MERINO María, publicado 2018, actualizado 2020, <https://definición.de/intercambio>

¹ A su vez, para descubrir el significado del vocablo epistolar, debemos conocer su origen etimológico. En este caso, podemos exponer que deriva del latín, exactamente del verbo “epistolaris”, que puede traducirse como “relativo a la carta” y que es fruto de la suma de los siguientes componentes léxicos:

- El sustantivo “epístola”, que significa “carta”, y
- El sufijo “-ar”, que se usa para indicar “relativo a”.

El adjetivo epistolar refiere a aquello vinculado a una epístola: una misiva o carta.

Con el avance de la tecnología y la masificación del uso del correo electrónico, las comunicaciones epistolares por vía postal fueron quedando en desuso. El intercambio de emails o de mensajes a través de sistemas de mensajería instantánea, en cambio, no deja de crecer. En este marco, el género epistolar también fue mutando y así comenzaron a surgir cuentos y novelas con historias

desarrolladas mediante este tipo de modalidades digitales.³

En el Derecho Laboral el intercambio epistolar comprende aquellas comunicaciones/ notificaciones que efectúan las partes de la relación de trabajo, que en reiteradas oportunidades suelen constituir el origen de un conflicto, que posteriormente puede culminar en una traba de litis en el marco de un reclamo judicial, por ello la importancia en las mismas. Consisten en actos voluntarios unilaterales efectuados por trabajador y empleador para poner en mutuo conocimiento notificaciones, intimaciones, etc., con carácter recepticio, por un plazo determinado, plasmadas en medios fehacientes.

COMUNICACIÓN/ NOTIFICACIÓN FEHACIENTE

³ PEREZ DE PORTO Julián, MERINO María, publicado 2017, actualizado 2019, <https://definición.de/intercambio>

¹ Antes de adentrarnos en el concepto de comunicación fehaciente, debemos tener en cuenta que la comunicación es un proceso que consiste en la transmisión e intercambio de un/os mensaje/es entre un emisor y un receptor.

Como bien explica Diego Javier Tula en su libro “Intercambio telegráfico en el contrato de trabajo”, toda notificación (especie) es un acto de comunicación (genero), ahora bien, la palabra notificación proviene de la voz notificare, derivada de notus ("conocido"), y de facere ("hacer"). Es decir que notificar significa "hacer conocer". Notificar es la acción en virtud de la cual un sujeto de derecho comunica (hace saber) a otro un acto o actos determinados, generalmente con el objeto de adquirir derechos y/o contraer obligaciones; es decir, producir efectos jurídicos.

Pero ¿Cuándo una comunicación/notificación es Fehaciente? La RAE define fehaciente como “que hace fe, fidedigno.” Por su parte, Manuel Ossorio en su libro “Diccionario de ciencias políticas, económicas y sociales” conceptualiza como “que hace fe en juicio. Digno de crédito verdadero”.

Podemos concluir que una comunicación/notificación es fehaciente cuando la misma es efectuada por escrito, teniendo aptitud para acreditar, garantizar, certificar la veracidad o

autenticidad de un hecho.

Como vemos, para que se le pueda atribuir tal adjetivo, la comunicación no debe necesariamente efectuarse por un medio determinado, sino debe acreditarse que el mismo sea autentico, fidedigno o si se quiere decir, dar certeza en cuanto a su contenido, a la identidad y autoría del emisor, la recepción del receptor, y fecha de la misma.

En el Derecho, una comunicación efectuada en tiempo y forma, puede tener diversos motivos, que por lo general consisten en dar a conocer al otro una situación fáctica que genera derechos, que pueda liberar de obligaciones, que suspenda o interrumpa el curso de una prescripción, dando al otro la oportunidad de expedirse.

La Ley de Contrato de Trabajo destaca, a lo largo de su articulado, la importancia de la comunicación entre las partes del contrato de trabajo, a los fines de hacer valer o nacer un derecho o el inicio de una protección. A modo de ejemplo, podemos nombrar los siguientes artículos que hacen referencia indistintamente a: modo fehaciente, notificación en forma personal o medio idóneo, comunicación por escrito; notificación fehaciente; comunicación formal; aviso:

Art. 57: Constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente;

Art. 71: los controles referidos al control personal, así como los relativos a la actividad del trabajador, deberán ser conocidos por éste;

Art. 80: el requerimiento que formule el trabajador de modo fehaciente , para la entrega de constancias o certificados de trabajo;

Art. 98: la notificación en forma personal o por medios públicos idóneos a los trabajadores el reinicio de la temporada, y el trabajador debe manifestar su decisión de continuar o no por escrito o presentándose ante el empleador;

Art. 132 bis L.C.T. y decreto reglamentario 146/2001: para que proceda la multa, el trabajador debe intimar fehacientemente al empleador;

Art. 154: comunicación por escrito parte del empleador del inicio de las vacaciones del trabajador;

Art. 157: cuando se omita el otorgamiento de vacaciones el trabajador puede hacer uso de ese

derecho previa notificación fehaciente;

Art. 178: la obligación de la mujer de notificar el embarazo; Art. 181: notificación

fehaciente del matrimonio;

Art. 207: uso del derecho a gozar franco compensatorio, previa comunicación formal;

art. 209: aviso de la enfermedad y el lugar donde se encuentra el trabajador; Art. 218: la suspensión debe ser notificada por escrito al trabajador:

Art.243: la comunicación del despido o denuncia del contrato de trabajo, deberán comunicarse por escrito;

art. 244: abandono de trabajo, previa intimación hecha en forma fehaciente;

Las Intimaciones previas para la procedencia de multas reguladas en las Leyes 24013 y 25323.

En esta senda, ningún artículo de la L.C.T. establece cómo debe ser efectuada o qué medio debe emplearse para realizar una notificación. En consecuencia, concluimos que puede hacerse por cualquier medio, y en caso de ser negada, será cuestión de acreditar la validez y eficacia de la misma, y no del medio empleado. Sin perjuicio de ello, se deben tener siempre en cuenta los límites de los derechos subjetivos tales como buena fe y abuso del derecho, siendo notorio que siempre las partes de una relación jurídica deben obrar con buena fe y que la ley no ampara el ejercicio abusivo de un derecho.

A continuación citamos dos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo del año 2015, en los que se consideró que el empleador había sido debidamente notificado por medio de correos electrónicos emitidos por los trabajadores, asimilándose o equiparándose dichas comunicaciones a la “notificación fehaciente” que requiere la L.C.T. en determinados artículos. El primero de ellos, “Villamil, María Celeste c/ Panatel S.A. s/ Despido” de la Sala IX de la Cámara de fecha 7/8/15, confirmó la procedencia de la indemnización agravada por matrimonio prevista en el art. 182 de la L.C.T, toda vez que la trabajadora había notificado por correo electrónico a su empleador que contraería matrimonio. En el otro ,“Ballesteros, Guadalupe Gloria Soledad c/ La Caja de

Ahorro y Seguros S.A. s/ despido” del 11/8/15, la Sala II consideró que era valido el aviso de enfermedad efectuado por el trabajador a través del correo electrónico, en razón de tratarse de un

medio habitualmente empleado por las partes. Resultando evidente en estos casos la influencia del avance tecnológico de las comunicaciones electrónicas en los cambios de criterios de los Tribunales.

TEORÍA DE LA RECEPCIÓN

En su libro referido, Tula explica muy claramente la teoría de la recepción que adopta nuestro sistema:

“La Ley de Contrato de Trabajo no contiene ninguna norma que determine cuándo una notificación laboral debe considerarse recibida por el destinatario. Ello deja a criterio del juez la solución de los casos que se plantean. Se trata de un problema fáctico que requiere el examen de cada caso en particular. Debe analizarse en qué momento el destinatario debió tomar "normalmente" conocimiento del mensaje expedido, obrando con cuidado y diligencia, y con buena fe y lealtad. Naturalmente, no se plantea ningún problema cuando la notificación se dirige a una persona presente o con la cual uno se comunica directamente, por teléfono, mensaje de texto, etcétera. Las dificultades surgen cuando la notificación se hace por carta documento o telegrama y es enviada mediante el servicio postal del Correo. ¿En qué instante se la deberá considerar recibida? El acto recepticio, de esta suerte, supone al destinatario, precisamente porque siempre concierne a alguien que debe ser notificado de la manifestación de voluntad contenida en el mismo; porque es un acto con destinatario, su perfección exige que llegue a conocimiento de éste. La determinación de cuándo y cómo llega la declaración a conocimiento del destinatario, es decir, cuándo y cómo se produce la notificación, plantea problemas tan arduos como debatidos. Puede exigirse que el destinatario sea efectivamente notificado o puede considerarse suficiente que la declaración haya sido emitida (dirigida) de tal manera que normalmente el destinatario haya podido tomar conocimiento de ella. Se trata, en suma, de las teorías denominadas

de la percepción o cognición y de la recepción, bien conocidas en materia de contratos entre ausentes.

La teoría de la percepción supone que el acto receptivo se perfecciona cuando el destinatario toma conocimiento de la declaración, cuando concretamente se informa de ella, entendiéndose que la notificación que reviste carácter necesario perdería su razón de ser si el acto pudiera realizarse plenamente sin que el destinatario sea informado. La teoría, así concebida, tiene el inconveniente de

que subordina la eficacia del acto a la buena fe del destinatario; en el caso, se trata nada más y nada menos que de poner sobre el autor del acto -quien ha emitido la declaración- la carga de probar la existencia de un hecho indeterminado e indeterminable, como es que el destinatario haya tomado, real y concretamente, conocimiento de la declaración.

La teoría de la recepción, en cambio, considera que el acto se perfecciona cuando la declaración llega a la esfera jurídica del destinatario, de manera que según la experiencia normal, sea puesto en condiciones de tener conocimiento de ella. De consiguiente, si en tales condiciones, el destinatario no toma conocimiento de la declaración, asume los riesgos que se derivan de su conducta negligente; poco importa, en efecto, si por su propia falta el destinatario no ha podido tomar conocimiento de la declaración, pues el acto recepticio se habrá formado definitivamente y producirá a su respecto todos los efectos previstos. Es evidente que sólo razones prácticas han descartado la teoría de la percepción, para imponer la preferencia por la teoría de la recepción. La convivencia social, al resultar impracticable el sistema de notificación mediata que requiere el conocimiento efectivo e instantáneo del mensaje, da nacimiento a una "carga" de diligencia en la información, sustento de la denominada teoría de la recepción, que considera producida la notificación con el ingreso en la esfera de conocimiento del destinatario. Tal como anticipamos, en forma pacífica y reiterada la jurisprudencia de nuestro país viene aceptando en sus pronunciamientos la citada teoría.

En resumidas cuentas, por imperio de la teoría recepticia no se exige que el destinatario tenga un conocimiento efectivo de la notificación. Basta que la comunicación ingrese en su esfera de control y que éste, con una diligencia normal, pueda haber tomado noticia del mensaje. Si el destinatario no cumple con su carga de diligencia, y por esa causa no recibe la notificación, la misma debe considerarse como legalmente recibida, produciendo el efecto querido por el declarante”.

WHATSAPP

En el presente trabajo nos enfocamos particularmente en la notificación fehaciente de las comunicaciones entre empleador y trabajador llevadas a cabo a través de la plataforma WhatsApp.

WhatsApp (propiedad de Facebook) es una aplicación de mensajería instantánea entre teléfonos inteligentes (smartphones) en la que además de intercambiar mensajes por escrito, se permite el

envío y recepción de audios, videollamadas, imágenes, videos, archivos, etc. Para acceder y hacer uso de la misma, es necesario crear una cuenta de usuario vinculada a un número de línea, asociado a una tarjeta SIM y a un dispositivo electrónico que posee un código IMEI único.

La tarjeta SIM (del inglés Subscriber Identity Module, módulo de identificación del abonado) es una tarjeta inteligente desmontable usada en teléfonos móviles y módems HSPA o LTE que se conectan al dispositivo por medio de una ranura lectora o lector SIM. Su función es almacenar en forma segura la clave de servicio del suscriptor usada para identificarse ante la red, de forma que sea posible cambiar la suscripción del cliente de un terminal a otro simplemente cambiando la tarjeta.

El código IMEI único (del inglés International Mobile Equipment Identity, identidad internacional de equipo móvil) es un identificador exclusivo del aparato móvil. Está compuesto por 14 o 15 caracteres: los dos primeros corresponden al país donde se fabricó el teléfono, los dos siguientes identifican al fabricante del teléfono móvil, y el resto el número identificativo específico de cada teléfono. Generalmente se encuentra en una pegatina que está en la caja del teléfono cuando lo compramos, pero también tenemos una alternativa para poder obtenerlo, que consiste en abrir el dispositivo y en su batería también podremos encontrar el IMEI. En el caso de no tener un dispositivo al cual se pueda tener acceso a su interior, podemos obtenerlo tecleando en nuestro teléfono móvil `*#06#`, aparecerá automáticamente el código IMEI -puede que al marcar digo número debamos apretar la opción de llamada.

WhatsApp se ha convertido en una de las aplicaciones más utilizadas mundialmente, con más de 800 millones de usuarios. Su popularidad tuvo origen dada la gratuidad del servicio, sosteniendo la misma por las constantes actualizaciones que mejoran la aplicación, las que permitieron aumentar el intercambio, calidad y practicidad de la comunicación y contenido multimedia (mensajes de audio, imágenes, documentos, hasta el uso de emoticones, gif, stickers, etc.). Además, es una plataforma que tiene como prioridad la seguridad, ya que cuenta con un cifrado que protege de extremo a extremo las conversaciones entre los usuarios, lo que consiste esencialmente en no permitir que terceros tengan acceso a lo compartido en las conversaciones privadas efectuadas en la aplicación, entre otras. También es accesible, ya que su diseño permite que no sea necesario tener conocimiento o destrezas especiales para su uso.

RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL, COMERCIAL Y TRIBUTARIO DE MENDOZA

Los conceptos de documento y firma han sido históricamente vinculados en el mundo del derecho al soporte papel y a la firma ológrafa. Sin embargo, las tecnologías de la información y la comunicación nos conducen a aggiornarnos y plantean un nuevo paradigma: el documento en soporte óptico o magnético, y las firmas digital y electrónica. Siguiendo las reflexiones de Gastón Enrique Bielli, entendemos que el mensaje de WhatsApp es un documento electrónico, un instrumento particular con firma electrónica.

Se ha conceptualizado el documento electrónico como aquel que ha sido creado por un ordenador, grabado en un soporte informático y que puede ser reproducido, definiéndoselo -también- como un conjunto de campos magnéticos, aplicados a un soporte, de acuerdo con un determinado código.⁴

La generación de una cuenta de usuario en el servicio de mensajería instantánea en cuestión, requiere contar con número de línea, y que éste se encuentre vinculado a una tarjeta SIM y a un dispositivo electrónico que posee un código IMEI único. Si el creador de la cuenta ha empleado los datos que lo identifican al momento de darle origen, esto nos permite afirmar que el mensaje enviado se encuentra firmado en los términos del art. 5 de la Ley 25.506, que define a la firma electrónica como el conjunto de datos electrónicos utilizados por el signatario del documento como su medio de identificación. En esta senda, la autoría del emisor del mensaje remitido por WhatsApp se encontraría probada, de acuerdo al art. 288 C.C.yC.N., al estar firmado electrónicamente.

Es así que, en los términos del art. 287 C.C.yC.N., los mensajes de WhatsApp son instrumentos particulares que se encuentran firmados, suscritos mediante la tecnología de la firma electrónica, y debiendo ser considerados como documentos electrónicos firmados.

Agregamos que la jurisprudencia, hace ya un tiempo, se ocupó de señalar que, en el estado actual de nuestra legislación, los documentos electrónicos constituyen un medio de prueba que tiene suficiente sustento normativo, resaltando expresamente que se trata de prueba documental.⁵

En el ámbito del art. 318 C.C.yC.N., se ha considerado a los mensajes de WhatsApp como correspondencia. El fundamento jurisprudencial de ello radica en que la normativa referida ha ampliado la concepción de correspondencia a los nuevos medios de comunicación tecnológicos abarcando tanto la epistolar como los mensajes de texto creados o transmitidos por línea de celular,

por plataformas o por los nuevos medios que pudieran venir eventualmente. Por lo tanto, siempre que un emisor envíe un mensaje escrito a un destinatario, sea cual fuere el medio o soporte utilizado es considerado correspondencia. 3 CARBONE, C.A., “Los modernos soportes de correspondencia en el Código Civil y Comercial”, LL del 10/3/2017, p.1, cita online: AR/DOC/383/2017.

Según Bielli, el medio escrito en soportes electrónicos, siempre y cuando los destinatarios elijan el modo privado de comunicación y no sean públicos, puede ser ofrecida y producida como prueba admisible. Se debe haber producido conforme a las mandas legales, y de dicho intercambio no debe ser de carácter esencialmente confidencial.

En cuanto a la normativa de forma, entendemos que el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza creado por Ley 9001 -que derogó a la antigua legislación de procedimiento originaria de 1953- incorpora las comunicaciones de WhatsApp. En efecto, el art. 161 apartado I inc. c ordena al accionado reconocer o negar categóricamente “(...) la recepción de cartas, telegramas u otros medios de comunicación informáticos o digitales a él dirigidos cuyas constancias se adjunten (...)”.

A su vez, el art. 21 regula que los litigantes deben denunciar su dirección electrónica, mientras que los representantes y patrocinantes constituir domicilio procesal electrónico. Todo ello se traduce en denunciar la dirección de correo electrónico de los litigantes, mientras que respecto de los profesionales del derecho, indicar su número de matrícula.

Por otro lado el art. 71 indica que “toda notificación que por disposición del Código se establezca podrá ser reemplazada, por autorización del Tribunal a pedido del interesado, por telegrama colacionado, carta documento o acta notarial. La Suprema Corte de Justicia se encuentra facultada para celebrar convenios con empresas de servicios públicos o privados de correos a los fines de este art. conforme a los sistemas de selección y adjudicación previstos en las leyes.”

INSTRUMENTACIÓN. POSIBLES CUESTIONAMIENTOS

La importancia del tema en estudio radica precisamente en los efectos que produce la utilización de ésta vía de comunicación: seguridad, practicidad, economía, adaptación a la realidad, ejercicio de los derechos y las defensas en tiempo oportuno, la necesidad de contar con otra alternativa

comunicacional cuando, por motivos ajenos a la voluntad del emisor, no pueden entregarse los telegramas o cartas documentos, por ejemplo, por domicilio cerrado, inexistente, zonas a las que no ingresa el servicio de correo, correo, estafetas cerradas o demora en la entrega, etc.

A fin de asegurar la eficiencia y validez en su empleo, proponemos que uno de los instrumentos que debe utilizarse es el reglamento de empresa, como manifestación del poder de organización y dirección que tiene el empleador, y que a su vez, le otorga seguridad al trabajador en cuanto a la regulación de normas claras de conducta, que deben ser respetadas por ambas partes del contrato de trabajo.

Cuando una persona ingresa a prestar sus servicios laborales debe adjuntar determinada documentación y completar una declaración jurada con sus datos personales. Proponemos que entre ellos se incluya la denuncia de su número de teléfono, como así también la obligación de mantener actualizado todo cambio relativo al mismo o su pérdida, así como el del domicilio o su estado civil. Esto se traduce la toma de conocimiento y aceptación de la utilización de esta vía como medio habitual de efectuar comunicaciones. Del mismo modo, el empleador deberá informar al trabajador su número de línea al cual debe remitir sus comunicados.

Para que una comunicación remitida por WhatsApp, tanto por trabajador como por empleador, pueda ser considerada como una notificación fehaciente partimos de la base de que el texto del mensaje de WhatsApp es el mismo que se coloca en un telegrama, carta documento o acta notarial; y que para enviar un mensaje, el remitente debe tener al destinatario agendado como contacto.

En primer lugar, es necesario efectuar algunas aclaraciones relativas a la configuración de privacidad que pueden tener o no habilitadas los emisores y receptores del mensaje.

El usuario de WhatsApp cuenta con la posibilidad de activar o desactivar las confirmaciones de lectura -si desactivas las configuraciones de lectura, no podrás ver las de los demás. Para hacerlo, debe ingresar a configuración, cuenta, privacidad y finalmente confirmaciones de lectura. Si las mismas permanecen habilitadas, esto se traduce en la posibilidad del emisor de constatar el momento exacto en el que el mensaje fue leído por el destinatario, el cual, una vez leído, contendrá

el doble tilde azul. Por el contrario, encontrándose desactivadas, el remitente solo podrá verificar que el mensaje fue entregado, contando con el doble tilde gris. Independientemente de la configuración referida, el emisor siempre podrá chequear si el mensaje fue entregado o no, lo que se verifica respectivamente, con doble o un solo tilde gris. Todo esto puede ser revisado por el emisor en la información del mensaje.

Es así que:

- Si el mensaje remitido por trabajador o empleador cuenta con los dos tildes azules (confirmación de lectura activada), éste ha sido entregado y leído, por lo que la comunicación se encuentra notificada fehacientemente.
- Si el mensaje tiene los dos tildes en color gris (confirmación de lectura desactivada), éste ha sido entregado. Si bien en este caso no puede acreditarse su lectura por el destinatario, sí se puede confirmar que lo ha recibido, y conforme al principio de buena fe y habiendo denunciado ese número de línea a los efectos de recibir notificaciones, se considerará notificado.

En materia de plazos, los mismos comenzarán a correr a partir del día hábil inmediato siguiente a la entrega del mensaje; si la notificación se efectúa los días sábado o domingo, se aplican las mismas reglas.

Si una de las partes de la relación laboral bloquea a la otra, esto impedirá que el usuario bloqueado le pueda llamar y enviar mensajes. En estos casos se considerará que existe mala fe de la parte, y encontrándose remitida la comunicación al número de línea correspondiente, la comunicación se considerará notificada.

Frente al robo o pérdida del dispositivo móvil por trabajador o empleador, se deberá denunciar tal circunstancia toda vez que de manera contraria, las notificaciones efectuadas serán válidas mientras no se denuncie un nuevo número telefónico.

La contestación realizada con emojis no implica manifestación de voluntad de las partes; las mismas deben ser escritas con palabras. La interpretación que pueda darse a un emoticón/ emoji, gif, sticker u

otro, no será traducida como contestación a la comunicación fehaciente practicada por este medio.

JURISPRUDENCIA

A nivel Nacional en el ámbito del Derecho del Trabajo no hemos detectado fallos que traten específicamente la recepción de WhatsApp como medio de comunicación fehaciente. A diferencia de la Jurisprudencia Internacional que ha declarado la validez de los mensajes de WhatsApp a la hora de extinguir los contratos de trabajo.

Es así que en Uruguay, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo 2º de Turno dictó en Septiembre de 2019 un fallo en virtud del cual se declara la validez de la renuncia notificada por la trabajadora a su empleador mediante WhatsApp. En el caso, la empleada había remitido a su empleador un mensaje de WhatsApp en el que indicaba “Hola Romelina, quería avisarle que no voy a poder seguir trabajando porque se complica con los nenes”, y posteriormente se consideró despedida en forma indirecta e inició proceso judicial a fin de obtener indemnización por el despido. En primera instancia Juez Letrado de Young de 2º Turno hizo lugar al reclamo indemnizatorio, no corriendo la misma suerte en la instancia ulterior. En los autos caratulados “Puerari Colman, Luciana Noel C/ Colatec S.A.; Hernández, Guillermo y Orellano Romelina – Demanda Laboral, Recurso Tribunal Colegiado” se revocó la condena al pago de la indemnización en base a que “(...) La renuncia es un acto de voluntad del trabajador que por poner fin al vínculo laboral, debe ser libre y no condicionada, representando la decisión de desvinculación tomada en forma autónoma y sin vicios del consentimiento. (...) En nuestro Derecho no existen requisitos de solemnidad con respecto a la misma, pero señala el autor citado precedentemente que en ella “hay una manifestación expresa de voluntad”, que diferencia del abandono, donde “hay un comportamiento que no siempre es inequívoco” (Op. Cit. Pág. 246).- Si bien es cierto que reiteradamente la jurisprudencia ha dicho que la prueba, debe ser contundente y clara, no resulta un requisito excluyente para su acreditación que la misma haya sido otorgada mediante un medio tecnológico, más aún cuando la trabajadora también comunicaba a su empleador a través de dicho medio por ejemplo que no iba a concurrir a trabajar, pedía adelantos o consultaba si se podía reintegrar. Por otra parte la accionante que conocía o debía conocer perfectamente dicha comunicación nada dijo cuando presentó su demanda, y mucho menos alegó vicio de consentimiento alguno, como, pretende hacerlo al evacuar el traslado del recurso de apelación (numeral 9 de fs. 186 vto.). Ahora bien, aunque se entendiera que la renuncia no operó, en autos no han quedado configurados la totalidad de los requisitos de la figura del despido

indirecto.

En efecto, la actora debía probar los requisitos del despido indirecto. Esto es los graves incumplimientos, su decisión de darse por despedida en función de tales incumplimientos y el retiro efectivo de la empresa. Si bien logró acreditar el 1 y 3 de los requisitos, en cuanto al segundo queda demostrado que la causa de la decisión de renunciar nada tenía que ver con que no le pagaran el salario en dinero. (...) Por otra parte de fs. 135 vto. surge que la actora comunicó su decisión de renunciar el día 1/7 extremo no controvertido, y en su demanda afirma que se dio indirectamente despedida el 3/7, cuando ya había efectivizado la renuncia. (...).”.

En Junio de 2015 en España, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó la sentencia 3124/2015 Recurso 1300/2015, indicando que “(...) se ha de concluir que el cese del trabajador se produjo por su baja de la empresa en seguridad social por entender que no había superado el período de prueba, hecho en todo caso reconocido por la demandada tanto en su contestación a la demanda como en la impugnación del recurso. (...) Es cierto y así se ha señalado en las sentencias que la impugnante cita, que el cese en período de prueba no exige formalidad alguna, es decir, ninguna clase especial de comunicación, o especificar la causa, (TS 2-4-2007). Como expresamente señala el art. 14, 2 del

Estatuto de los Trabajadores , la resolución de la relación laboral podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes. Ello significa que ha de existir una manifestación no necesariamente escrita ni sometida a formalidades de quien la utilice de forma que la otra parte conozca con antelación el motivo de su cese y ello porque en todo caso aunque no se exija explicaciones, tal actuación es revisable. Y por lo tanto, la comunicación a través del llamado "whatsapp" alegada por el actor y admitida por la empresa tanto en su contestación a la demanda como en la impugnación, es válida como medio de comunicar el cese del trabajador, y en todo caso sería la fecha de inicio de cómputo de la caducidad, puesto que es la fecha en la que el trabajador tiene conocimiento de su cese, sea despido o no lo sea, (...).”.

CONCLUSIÓN

Ya no se discute que WhatsApp es un medio de prueba doctrinal y jurisprudencialmente aceptado.

En el presente trabajo se ha expuesto una postura en cuanto a su utilización como una herramienta más de comunicación, una alternativa a las formas tradicionales de emplazar, intimar o manifestar pretensiones, durante mucho tiempo efectuadas mediante telegramas o cartas documentos.

Ahora bien, al ser un medio de prueba, puede ser objeto de cuestionamientos como cualquier otro: desconocimiento, nulidad de la comunicación, violación de la correspondencia, imposibilidad de toma de conocimiento por diferentes motivos tales como el robo o pérdida del móvil. En tal sentido, y cualquiera sea el fundamento de la oposición o negación, se deberá demostrar que por la causa invocada no se tomó conocimiento del acto o manifestación de voluntad que se comunicó por vía WhatsApp, y que por ello no se ha cumplido con el fin por el cual se emitió, porque puede suceder que por otros actos se haya convalidado la notificación, como por ejemplo si se contesta haciendo referencia a lo que se expuso en WhatsApp, o si contesta por el mismo medio empleado.

Los posibles planteos y su defensa activarán los actos procesales tendientes a que cada parte acredite con otros medios probatorios la veracidad y validez de su pretensión. Entre estos medios probatorios citamos: pericial informática; reglamentos, mail, usos y costumbres de modalidad de comunicación en la comunidad laboral, conocimiento de los medios empleados; actuación notarial; testigos.

Finalmente observamos que en el desarrollo de esta ponencia se ha demostrado que la utilización del WhatsApp como medio para transmitir comunicaciones y emplazamientos, encuentra fundamento en las normas sustanciales y procesales mencionadas; así como también en los usos y costumbres. Pudiendo y debiendo ser utilizado como respuesta a los variados casos que se plantean en los que resulta dificultoso, y cuando no imposible, acceder a los medios tradicionales en modo o tiempo oportuno.-

RESUMEN DE LA PONENCIA

Se plantea la efectividad del intercambio epistolar a través de medios diferentes a la utilización de telegramas, cartas documentos y actas de notariales, constituyendo una alternativa la utilización de herramientas digitales como es el WhatsApp. Dicha variante no tiene como único motivo la pandemia, sino también la existencia de múltiples factores que ameritan su consideración, entre ellos el atraso o deficiencia en la entrega de los telegramas o cartas documentos, lo que perjudica los derechos que se intentan hacer valer mediante su contenido; Todo esto sumado al avance tecnológico, justifica ampliamente su procedencia.

Resulta oportuno destacar el gran cambio y transformación que se ha operado en la Justicia, siendo una manifestación concreta, no sólo la reforma al CCYCN, sino también las modificaciones introducidas en los códigos procesales, que debieron actualizarse a fin de adaptarse a nuevas herramientas de trabajo impuestas por el avance tecnológico: audiencias audiovisuales; medios de pruebas impuestos por los TICS, la firma digital, la digitalización de los escritos y documentos. En concreto, es evidente que tiende a desaparecer el soporte papel.

A raíz de lo expuesto, toda esta normativa y las situaciones fácticas que se plantean, tornan factible la utilización del WhatsApp como prueba eficaz del intercambio epistolar fehaciente.