



Universidad  
de Alcalá

*TRABAJO DE FIN DE MASTER:*

*La implicación de las nuevas tecnologías en la  
prueba en el proceso laboral*

*Implications of new technologies in the evidence in  
the labour process*

Máster Universitario en  
Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D<sup>a</sup>. Alba Izquierdo Martínez

Dirigido por:

D. J.M. del Valle y D<sup>a</sup>. Tatsiana Ushakova

Alcalá de Henares, a 18 de enero de 2019

## SUMARIO

---

|   |    |
|---|----|
| Consideraciones previas.....  | 6  |
| I. La prueba en el proceso laboral.....                                 | 8  |
| 1. Concepto e importancia de la prueba.....                             | 8  |
| 2. Régimen jurídico de la prueba.....                                   | 10 |
| 3. Elementos de la prueba: estructura, objeto y carga de la prueba..... | 12 |
| 4. Medios de prueba.....  | 14 |
| a. Interrogatorio de parte.....   | 16 |
| b. Interrogatorio de testigos.....                                      | 17 |
| c. Prueba pericial.....   | 18 |
| d. Informe de expertos.....   | 18 |
| e. Prueba documental.....   | 19 |
| II. Nuevas tecnologías: clases de prueba electrónica.....               | 20 |
| 1. Concepto de prueba electrónica.....                                  | 20 |
| 2. Clases de pruebas electrónicas.....                                  | 22 |
| a. Documento electrónico.....   | 23 |
| b. Correo electrónico.....  | 25 |
| c. SMS.....   | 27 |
| d. Página Web.....  | 27 |
| e. Grabaciones de sonido.....   | 28 |
| f. Fotografía digital.....  | 30 |
| g. Videograbación.....  | 31 |
| h. Redes sociales.....  | 33 |
| i. WhatsApp.....  | 36 |

|  |    |
|--|----|
| III. Nuevas tecnologías dentro del proceso laboral. ....                 | 38 |
| 1. Influencia de las nuevas tecnologías en el procedimiento laboral..... | 38 |
| 2. Límites clásicos al derecho probatorio.....                           | 41 |
| 3. Aportación al proceso de la prueba digital. Validez y eficacia.....   | 43 |
| IV. Conclusiones.....  | 51 |
| V. Bibliografía.....   | 61 |
| VI. Jurisprudencia.....  | 64 |

*“[...] de poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal [...] quien no consigue convencer al juez [...] de los hechos de que depende su derecho, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho [...]”*

*MUÑOZ SABATÉ, L.*

*Técnica probatoria: estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, 1967.*

## RESUMEN

---

Las nuevas tecnologías han conquistado la gran mayoría de ámbitos de la sociedad. Como no puede ser de otra manera, Derecho y tecnología, están ligados en el mundo actual, lo que se traduce en nuevos desafíos y posibilidades en el ámbito jurídico. Una de las facetas que se han visto más afectadas por este hecho es la prueba en el proceso jurisdiccional, en el cual han aparecido nuevos elementos probatorios basados en novedades tecnológicas como pueden ser las videocámaras, los móviles e Internet. Una vez sentado este precedente, el presente trabajo tiene como punto de partida un análisis del estatuto jurídico del derecho probatorio en la jurisdicción social desde una perspectiva digital.

Además, se pretende descubrir la realidad de estos medios probatorios concretamente en el ámbito empresarial, analizando de primera mano su influencia en el proceso laboral, su validez, eficacia y las controversias que pudieran presentar.

Se trata de observar la situación legal actual en este sentido, para terminar, tratando de realizar una hipótesis de la manera en la que estas nuevas tecnologías van a seguir influyendo en la realidad jurídica y, por ende, de cómo el derecho debe adaptarse permitiendo la mayor seguridad jurídica en este ámbito.

## CONSIDERACIONES PREVIAS

### La influencia de la tecnología en el ámbito probatorio de la jurisdicción

---

La tecnología ha logrado penetrar en todos los ámbitos de la sociedad actual. Nos encontramos ante un uso completamente globalizado de los avances tecnológicos con independencia de factores como la edad, las preferencias, el lugar o la cultura de quien lo utiliza. La tecnología ha conseguido beneficiarnos en prácticamente todos los ámbitos de la vida, funcionando como apoyo, progreso, cambio y mejora de cuanto nos rodea.

Es innegable que la evolución tecnológica vivida ha influido de manera notable en el mundo, así lo pone de manifiesto hitos como la invención del teléfono, el ordenador o Internet, que fueron los primeros pasos de la llamada “*revolución informática*” cuya tendencia hacia la aceleración en la actualidad no parece decaer. Como decíamos, la contribución a la sociedad de estos cambios tecnológicos no se puede poner en duda en la época en que vivimos. Pues ello se traduce en importantes cambios en otros sectores muy ligados e influidos por estos hechos como pueden ser la producción, distribución, organización del trabajo y fundamentalmente, un cambio en el sector servicios cuya base primordial es la información. Así, suele hablarse del nacimiento de un nuevo orden social, caracterizado por la importancia que tiene la información, dando origen a un nuevo concepto, el de la “*sociedad de la información*”. Desde su aparición por primera vez a mediados del siglo XX ha ido calando en cada uno de los diferentes sectores tales como en la industria, economía, comercio, ocio y educación hasta el punto de resultar imprescindible para la vida cotidiana.

Y como no podía ser de otra manera, el ámbito jurídico no ha quedado al margen de esta revolución, el derecho es cambiante y debe actualizarse al tiempo social que vivimos. De este modo, los cambios que experimenta la sociedad influyen en el mundo jurídico dando origen a novedades en todos sus campos. Concretamente, es relevante a efectos del presente trabajo la aparición de nuevos medios de prueba gracias a estos avances consistentes en grabación de conversaciones en formato de audio o video, los emails, las aplicaciones de mensajería instantánea u otros medios basados en estas nuevas tecnologías que dejan en una posición de obsolescencia al resto de medios de prueba usados habitualmente en los procesos judiciales.

Tendremos ocasión de analizar la relevancia y repercusión que la prueba, y en concreto su vertiente digital, tiene en nuestro sistema jurisdiccional, y concretamente en la esfera del derecho del trabajo. “*Vivimos conectados*”, esta realidad es innegable, pero ¿existen límites? Los avances tecnológicos han usurpado parte de nuestra vida íntima y personal pasando a convertirla en partícipe de la nueva realidad social que convive en Internet. Sin embargo, analizando el mundo laboral nos damos cuenta que la permanente conexión del trabajador nos liga de manera ilimitada a nuestro puesto de trabajo, porque ya no necesitamos estar sentados en la oficina frente a nuestro ordenador para permanecer desarrollando nuestra labor profesional; el email, las nuevas aplicaciones sociales y, en general, los avances tecnológicos han permitido llevar a cabo el trabajo a distancia y han causado una permanente “*conexión digital*”, que además puede ser supervisada, en este caso de manera limitada, por nuestro superior jerárquico. Con ello queremos ilustrar la influencia que los medios electrónicos han tenido, y tienen, en la evolución de la esfera laboral del trabajador, y que en consecuencia se han traducido en una cantidad considerable de nuevos medios de prueba electrónicos de los que se pueden valer las partes de la relación laboral en un hipotético pleito.

El presente documento tiene como fin la realización de un análisis de la legalidad jurídica del derecho probatorio, de la relevancia actual de los medios de prueba digitales en este sentido y una perspectiva de futuro con el fin de observar en que dirección legal nos movemos. Durante su desarrollo, se tratará de observar las controversias que existen sobre esta materia, las garantías necesarias para su admisión y su propio valor probatorio.

## I. LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

---

### 1. CONCEPTO E IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

Como punto de partida en esta materia es imprescindible referirnos a los principios del proceso en el ámbito laboral: intermediación, oralidad, concentración y celeridad.<sup>1</sup> Nos encontramos, por tanto, ante una jurisdicción que viene caracterizada principalmente por desarrollarse en su mayoría en forma oral y en una sola audiencia; de este modo, se trata de un proceso que gana en rapidez, pues la mayoría de cuestiones se discutirán en el juicio y se resolverán en la sentencia.

En este marco, la prueba cobra una especial trascendencia pues es el modo en que se debe convencer al juez sobre los hechos discutidos o controvertidos, así como los usos y costumbres laborales. Así, serán las partes las encargadas de esta labor probatoria, sin perjuicio de que en atención al caso en concreto el Tribunal pueda acordar de oficio la práctica de pruebas cuando así venga recogido legalmente.

Sin embargo, interesa en este punto dar una definición más precisa de lo que es el elemento probatorio. En primer lugar, resulta trascendente referirnos al origen de la palabra prueba que proviene del término latino *probatio*, derivado del vocablo *probus*, cuyo significado literal es *bueno*. De este origen se extrae el sentido de la prueba o de la acción de probar asemejándose a algo positivo, o que se adecua a la realidad; probar implica verificar la autenticidad de algo.

Si nos dirigimos a la máxima autoridad del lenguaje en nuestro país, como es la Real Academia Española el término que en su diccionario encontramos viene a decir que la prueba en un sentido jurídico es una “*justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley*”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Vid. MERCADER UGINA, J., “Lecciones de derecho del trabajo”, 11ª Edición, Lección 27. La parte general del proceso laboral, Tirant Lo Blanch, 2018.

<sup>2</sup> Vid. RAE. Diccionario de la Lengua Española.



Como decíamos, la acción probatoria está presente en cualquier ámbito de la vida, por ello con fin de diseccionar sus distintas acepciones, podemos hablar de la prueba como actividad humana en sentido genérico y, por otro lado, de la prueba como elemento imprescindible en la vida jurídica; la prueba dentro del proceso judicial.

En un sentido jurídico, la importancia que la doctrina le ha otorgado al elemento probatorio es incalculable. Así, Devis Echandía<sup>3</sup> ha mantenido que *“la administración de justicia sería imposible sin la prueba”*. Su relevancia se observa, por un lado, en su propia eficacia que ilustra a la perfección el aforismo jurídico: *“Tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”* y, por otro lado, su importancia se desprende de su caracterización como instrumento y resultado, a través del cual el juez entra en contacto con la realidad extraprocesal.

Esta transcendencia convierte al elemento probatorio en una faceta jurídica que se encuentra en constante desarrollo y evolución; sobre todo, con la aparición de las nuevas tecnologías que han abierto el horizonte de los medios de prueba hacia nuevas posibilidades que consiguen acercar aún más, y con más precisión, al órgano juzgador a la realidad del hecho controvertido.

Aunque el camino en la era digital es relativamente reciente, la prueba en soporte electrónico ya ha sido definida por los estudiosos de esta materia, sirviéndonos tales conceptos como punto de partida de este documento. La profesora Sanchís Crespo<sup>4</sup> lo expone como aquella información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido, bien mediante el convencimiento psicológico o bien al fijar este hecho como cierto atendiendo a una norma legal. También es interesante la visión aportada por José Carmelo Llois Benlloch<sup>5</sup> que sostiene que *“al hablar de prueba electrónica, en mi opinión hablamos de dos conceptos diferenciados, que suelen entremezclarse. Por una parte, la aportación de documentos*

---

<sup>3</sup> DEVIS ECHANDÍA, H., “Teoría general de la prueba judicial”, Tomo I, Temis, 2002.

<sup>4</sup> Vid. SANCHIS CRESPO, C “La prueba en soporte electrónico”, en VALERO TORRIJOS, J., “Las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia: análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio”, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, p.713.

<sup>5</sup> Vid. OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S., “La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal”, Juristas con futuro, 2016, p. 20.

*públicos electrónicos como prueba en juicio y por otra parte la constatación de hechos digitales.”*

## **2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRUEBA**

Como ya mantuvo en su tesis doctoral Sonia Puig Faura, *“no podemos confundir los “hechos” con los “medios de prueba”, por cuanto los primeros pertenecen al mundo de lo real mientras que los segundos forman parte del mundo del derecho”*<sup>6</sup>.

Esta idea sirve de introducción para afrontar el régimen jurídico de la prueba, que no es otra cosa que el modo en que estos hechos anteriores e independientes del proceso, entran a formar parte del mismo a través de tales medios probatorios; se trata del sustento del proceso del cual se nutre el juez para emitir su valoración.

Por su ya referida relevancia, se hace tan necesario analizar el derecho a la prueba en el ámbito normativo laboral de manera genérica, para finalizar abordando la específica regulación de la prueba electrónica que interesa a efectos del presente trabajo.

La primera normativa a la que hay que referirse en este sentido es aquella que nos vincula a Europa y al derecho internacional, el derecho a la prueba encuentra regulación en los artículos 6.3 b) y d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), así como, en los artículos 14.3 b) y e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que actúan como pilar fundamental del ámbito probatorio en derecho comparado, y recogen tanto el derecho de preparación de la defensa, como el derecho a interrogar a los testigos ya sea a favor o en contra.

---

<sup>6</sup> PUIG FAURA, S., “La prueba electrónica: sus implicaciones en la seguridad de la empresa”, Tesis Doctoral, Universitat Ramon Llull, 2014, p.175.

En nuestro derecho hemos de citar en primer lugar el artículo 24 de la Constitución Española (CE)<sup>7</sup>. Este artículo que funciona como garantía procesal, viene a reconocer, entre otros, el “*derecho a la prueba*” de manera genérica en todas las jurisdicciones, asegurando de esta manera el acceso a un proceso con todas las garantías, que en materia probatoria podrían resumirse en la permisión por parte del juez de la máxima actividad probatoria sin que esta pueda verse mermada por otros tipos de intereses, una interpretación restrictiva de los preceptos limitadores de la eficacia probatoria, así como, la facilidad de subsanación de los defectos probatorios susceptibles de reparación.

Es decir, nuestra Constitución construye el “*derecho probatorio*” como un derecho que debe ser observado con gran amplitud por su condición de garantía esencial, siempre siendo ponderado con los criterios de pertinencia, necesidad y demás requisitos previstos legalmente.

El cuerpo normativo más específico con respecto al derecho probatorio en el proceso laboral, que encontramos en el derecho español es, como no podía ser de otra manera, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), a cuyo análisis de los medios de prueba que en ella se recogen se va a proceder en los siguientes epígrafes.

La LRJS debe ser considerada como la norma de referencia en el ámbito objeto de este estudio, aunque como tendremos ocasión de observar la misma no contiene referencias explícitas a la prueba electrónica, es decir, no otorga el marco legal en el que las mismas tendrán que integrarse. Sin embargo, como tendremos ocasión de analizar para todo aquello que este cuerpo normativo no refiera, no solo en materia de prueba electrónica, se aplicará de manera supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

---

<sup>7</sup> Vid. Art 24 CE: “1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*”

### 3. ELEMENTOS DE LA PRUEBA: ESTRUCTURA, OBJETO Y CARGA DE LA PRUEBA.

Ya adelantábamos al inicio del presente documento que la realidad probatoria consiste en convencer al juzgador sobre la realidad de los hechos controvertidos. En el pleito, una vez fijados los hechos considerados conformes, sobre aquellos que no se haya alcanzado tal carácter de conformidad, el acto del juicio dará paso a la proposición y admisión de la prueba<sup>8</sup>. La proposición, suele recaer en las partes procesales, siendo excepcional su solicitud de oficio por el propio juez, tal y como recoge el artículo 282 de la LEC que como sabemos funciona como derecho supletorio en el procedimiento judicial laboral. Por otro lado, su admisión recae de forma exclusiva sobre el Juez o Tribunal quien dictará resolución sobre este extremo.

Una vez admitida, la prueba será practicada en el mismo acto del juicio oral observando siempre los requisitos legales y constitucionales establecidos al efecto. Para terminar la misma siendo valorada en la sentencia, que recogerá la motivación del juez y el modo en que ha formado su convicción. Por tanto, la labor del juez en este sentido pasa por una labor objetiva analizando los requisitos legales de admisibilidad de la prueba, y una labor subjetiva presidida por el criterio racional o de la “*sana crítica*” del juzgador al valorar aquella que fue practicada.<sup>9</sup>

De este modo, la prueba tendrá por objeto los hechos controvertidos que las partes hayan incluido en la demanda rectora de autos y en su contestación, y que fundamentan su pretensión siempre y cuando sean admitidos por el juez. Es decir, el modo en que un hecho se convierte en objeto de prueba pasa por la petición de parte y la admisión por el juez del medio de prueba propuesto para tal fin. Por ende, la prueba va a permitir acreditar “*la existencia, verdad o relevancia de los hechos alegados por las partes, cuanto la*

---

<sup>8</sup> Vid. Artículo 87.1 LRJS: “*1. Se admitirán las pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto, respecto de los hechos sobre los que no hubiere conformidad salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes, siempre que aquéllas sean útiles y directamente pertinentes a lo que sea el objeto del juicio y a las alegaciones o motivos de oposición previamente formulados por las partes en el trámite de ratificación o de contestación de la demanda. Podrán admitirse también aquellas que requieran la traslación del juez o tribunal fuera del local de la audiencia, si se estimasen imprescindibles. En este caso, se suspenderá el juicio por el tiempo estrictamente necesario.*”

<sup>9</sup> Vid. PUIG FAURA, S., “La prueba electrónica: sus implicaciones en la seguridad de la empresa”, Tesis Doctoral, Universitat Ramon Llull, 2014, pp. 180-182.

*inexistencia, falsedad o irrelevancia de los hechos contrapuestos a aquéllos”*<sup>10</sup> sin embargo, la prueba puede recaer, en ocasiones, sobre otros objetos del proceso como la costumbre o el derecho extranjero<sup>11</sup> e incluso sobre los Convenios Colectivos tal y como argumenta el doctor Juan Gil Plana en su libro *La Prueba en el Proceso Laboral*<sup>12</sup>. No hay mención alguna en este sentido en la regulación laboral, por lo que la técnica de la supletoriedad desplegaría sus efectos sobre dicha manifestación, siendo la LEC aplicada a tal efecto.<sup>13</sup>

En lo que se refiere a ¿quién debe probar?, es decir, sobre quién recae la carga de la prueba, la respuesta es: sobre quién necesita acreditar.<sup>14</sup> Sin embargo, la legislación laboral prevé casos concretos en que esta presunción puede variar, así lo observamos, en aquellos casos contemplados en el artículo 96 LRJS de vulneración de un derecho fundamental, libertad pública o de la prohibición de discriminación, y en casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en los que la carga de la prueba recae sobre el demandado.

En este sentido, no hay que olvidar que existe una obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso<sup>15</sup>, que viene articular no solo la obviedad de que quién debe acreditar debe aportar al órgano juzgador cuantas pruebas se requieran sino que, en el caso de que éstas pruebas se encontraran en poder o disposición de la otra parte, y fuesen requeridas por la parte actora o el juez, deberá la parte poseedora aportarlas al proceso, corriendo el riesgo de si no se aportaran sin mediar justa causa, pudieran ser las alegaciones vertidas por la parte actora tomadas como probadas.<sup>16</sup>

---

<sup>10</sup> MERCADER UGINA, J., “Lecciones de derecho del trabajo”, 11ª Edición, Lección 28. El proceso ordinario, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 919.

<sup>11</sup> Vid. Artículo 281 LEC: “2. *También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.*”

<sup>12</sup> Vid. GIL PLANA, J., “La prueba en el proceso laboral. Disposiciones generales.”, Thomson Aranzadi, 2005, p. 92-93.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.92.

<sup>14</sup> Vid. Artículo 217.2 y 3 LEC.

<sup>15</sup> Vid. Artículo 118 CE.

<sup>16</sup> Vid. Artículo 94.2 LRJS.

#### 4. MEDIOS DE PRUEBA EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

A lo largo de este apartado, se referirá cuáles son tales medios de prueba que prevé la ley para el proceso laboral en concreto. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) recoge en sus artículos 91 al 95 los distintos medios de prueba aplicables al proceso jurisdiccional social y que son, el interrogatorio de partes, el interrogatorio de testigos, la prueba pericial, la prueba documental y el informe de expertos. En este sentido, el presente va a tratar de discernir cuales son aquellas que se han visto notablemente influidas por la nueva realidad tecnológica que en este documento nos ampara, para ello, se va a proceder a un análisis pormenorizado de cada una de ellas con el fin de observar los rasgos que pueden o no hacerla susceptible de ser influenciada o modificada por su colisión con el mundo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs).

Así, ya la LRJS en su artículo 90.1 nos advierte que *“las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, 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 de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”*, manteniendo en sus apartados posteriores la inadmisibilidad de las pruebas con origen ilícito y una especial referencia a la posible confrontación entre este *“derecho probatorio”* y otros derechos fundamentales que se pudieran ver afectados, haciendo en este sentido, un llamamiento a la proporcionalidad y al mínimo sacrificio.

Es, por tanto, este artículo 90 el que deja abierta la puerta a las nuevas tecnologías como medio probatorio válido, siempre y cuando respete, los requisitos para su admisión a través de la valoración del juez. El juzgador es el encargado de admitir o inadmitir los medios de prueba propuestos por las partes, motivando su inadmisión –por su especial protección—o practicando la prueba conforme a las normas previstas, LRJS y supletoriamente la LEC.

A modo de ilustrar la relevancia de la prueba digital en el marco jurisdiccional actual, es necesario referirnos al artículo 20<sup>17</sup> del Estatuto de los Trabajadores (ET) pues es una evidencia de la repercusión que las tecnologías han significado en el mundo laboral y en concreto en el contrato de trabajo, sobre la protección del trabajador y los deberes y derechos que recaen sobre las partes firmantes. Pues los avances en esta materia digital, han facilitado la constatación de determinadas actitudes en empleados y empresarios, pero también han puesto en el punto de mira la posible vulneración de derechos que pudiera derivarse de su uso, y que debe ser profundamente estudiada y legislada con el fin de que nuestro derecho sea capaz de adaptarse y asegurar una nueva faceta jurídica que está, además, en contante desarrollo.

Sin embargo, nada en especial recoge la LRJS sobre la prueba en soporte electrónico, más allá de, como adelantábamos, admitir “*los procedimientos de reproducción*” de los cuales nos habla su artículo 90 lo que nos muestra cierta flexibilidad en lo que a aportación de prueba se refiere, siguiendo la línea del artículo 299 LEC nos encontramos ante lo que en derecho sería un “*numerus apertus*” en esta materia. Se trata de un espacio desarrollado a través de la doctrina y la jurisprudencia, que en combinación con la escueta regulación legal, vamos a intentar esclarecer a continuación.

Como dice el profesor Mercader Ugina, en el proceso laboral “*los medios de prueba son, en principio, todos los admitidos por el derecho procesal civil —los tradicionales de interrogatorio de parte, documental pública y privada, pericial, testifical, reconocimiento judicial, cotejo de letras, etc. y los impuestos por la moderna tecnología*

---

<sup>17</sup> Vid. Artículo 20 ET: “1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue. 2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe. 3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad. 4. 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.”

*(e-mails, archivos informáticos, etc.), incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos”, sin embargo, la práctica de los mismos resulta en esta jurisdicción considerablemente más sencilla, al concentrarse su proposición, admisión y práctica en una única vista.*

#### A. INTERROGATORIO DE PARTES

El artículo 91 LRJS engloba aquel interrogatorio que se realiza a los sujetos litigantes o colitigantes<sup>18</sup> que podrán ser personas físicas, jurídico privadas o entidades públicas. El interrogatorio de personas físicas apenas suscita controversia alguna más que la posibilidad de que cuando la cuestión formulada no se refiera a hechos de carácter personal, podrá un tercero personalmente conocedor responder, si fuese solicitado, como dispone el apartado 4 de tal artículo. En lo que se refiere al interrogatorio de personas jurídico-privadas hay que precisar el hecho de que será el representante legal a través del cual la entidad actúe, quien responderá, siempre que posea tal facultad; pues si el representante no fuera conocedor de los hechos objeto de discusión, deberá aportar a la persona que si lo fuera. Cuando el conocedor de los mismos sea la persona que actúa como administrador, gerente o directivo su interrogatorio también será considerado de parte, a excepción de que el juez lo dispusiese como testigo por las especiales circunstancias del caso. Por último, tratándose de entidades públicas el apartado 6 del artículo 91 LRJS mantiene que será realizado por escrito siguiendo la línea del artículo 315 LEC. Fuera del anterior supuesto, el interrogatorio se sucederá de forma verbal, debiendo responder en el acto con la posibilidad de consultar los documentos aportados si el tribunal lo estimare pertinente, pero siempre de manera concisa. Recurriendo a la técnica de supletoriedad, el artículo 306.2 LEC observa la posibilidad de acordar el interrogatorio cruzado entre partes.

La asistencia al interrogatorio es de carácter obligatorio, por lo que su incomparecencia sin justa causa supone que los hechos puedan ser tomados como ciertos en todo o en parte.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Vid. Art 301 LEC: “1. Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio. Un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos.”

<sup>19</sup> *Ficta confessio*. Vid. Art 91.2 LRJS: “2. Si el llamado al interrogatorio no compareciese sin justa causa a la primera citación, rehusase declarar o persistiese en no responder afirmativa o negativamente, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, podrán considerarse



Como ya adelantamos, el juez es quien otorgará el valor que considere debido al interrogatorio, exceptuando aquellos hechos que perjudiquen al interrogado, que tal como dice el artículo 316 LEC se considerarán ciertos, si no lo contradice el resultado de las demás pruebas.

## B. INTERROGATORIO DE TESTIGOS

En segunda posición, la LRJS enuncia en su artículo 92 el *interrogatorio de testigos* y que recae sobre aquellas personas físicas conocedoras pero que no tienen la condición de parte. Los mismos deben ser admitidos, pues pese a no existir número máximo a proponer por cada parte, y no preverse la denominada tacha de testigos<sup>20</sup>, en aquellos casos en que los testigos se hallen privados de razón, no aporten más que inútiles reiteraciones o debido a su vinculación<sup>21</sup> con una de las partes no aporten datos objetivos, el juez podrá limitarlos. Además, el apartado 2 del citado artículo contempla la posibilidad de las partes de hacer las observaciones oportunas sobre los testigos en fase de conclusiones. En lo que refiere a su forma, el mismo será realizado oralmente pudiendo realizar cuestiones cualquiera de las partes y el propio juez o tribunal, siendo este último quién decidirá en última instancia sobre su pertinencia, y por supuesto, sobre su valoración, siempre guiado de la *sana crítica*.

---

*reconocidos como ciertos en la sentencia los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.”*

<sup>20</sup> “La palabra “tacha” tiene un significado equivalente a reprobación, recusación. El Diccionario de la Lengua la define “falta, nota o defecto que se halla en una cosa y la hace imperfecta. En la esfera jurídica adquiere significado en los períodos de prueba de los procesos, concretamente, respecto de la prueba de testigos y peritos; y encuentra su fundamento en el principio de imparcialidad que debe presidir la intervención de aquellos en el juicio.” Guías Jurídicas Wolters Kluwer, “Tacha”.

<sup>21</sup> Art 92.3 LRJS: “3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la declaración como testigos de personas vinculadas al empresario, trabajador o beneficiario, por relación de parentesco o análoga relación de afectividad, o con posible interés real en la defensa de decisiones empresariales en las que hayan participado o por poder tener procedimientos análogos contra el mismo empresario o contra trabajadores en igual situación, solamente podrá proponerse cuando su testimonio tenga utilidad directa y presencial y no se disponga de otros medios de prueba, con la advertencia a los mismos, en todo caso, de que dichas circunstancias no serán impedimento para las responsabilidades que de su declaración pudieren derivarse.”

### C. PRUEBA PERICIAL

El siguiente medio de prueba dispuesto en la LRJS es la *prueba pericial* o la aportación de conocimientos técnicos al procedimiento a través de la figura del perito<sup>22</sup>. Es el artículo 93 el que recoge su regulación, así como los artículos supletorios de la LEC entre los que destaca su artículo 352 que contiene, podríamos decir, el sentido de su existencia, manteniendo que el informe de peritos permite aportar claridad al contenido, sentido o valoración de los hechos objeto del pleito. La práctica formal del mismo se realiza en el mismo acto de juicio, en el que el perito acudirá presencialmente y ratificará su informe. La generalidad es que la aportación la realice la parte, con la excepción de aquellos casos en los que el juez considere necesaria la intervención de un médico forense. Su empleo en el proceso laboral es mucho más limitado y quizás residual que en otras jurisdicciones, sin embargo, sí que existen algunas normas especiales para su práctica en esta jurisdicción, como la posibilidad que contempla el artículo 93 en su apartado 1 de aportar el dictamen directamente en el acto del juicio para su ratificación, extremo que no se permite en la jurisdicción civil, todo ello guarda relación con los principios de este proceso que como decimos se celebra en una única instancia, y es por ello, que la mayoría de preceptos –artículos 85 y 87 LRJS– que se refieren al dictamen de peritos aluden a que el mismo será propuesto en el acto de la vista y en ese mismo momento presentado, aunque por supuesto existe la posibilidad de aportarlo junto con la demanda<sup>23</sup> como se realizaría en el ámbito civil.

### D. INFORME DE EXPERTOS

Rompiendo ahora el orden dado por la LRJS pasamos a analizar el *informe de expertos* contenido en su artículo 95 que en ningún caso de ser confundido ni identificado con la prueba pericial. Mediante este medio probatorio, el juez puede hacer uso de su facultad discrecional para oír el dictamen de una o varias personas expertas en la cuestión suscitada en el pleito. El informe de expertos puede ser utilizado en casos concretos como en aquellos en que se discuta la interpretación de un convenio colectivo, cuando tratándose de una caso de discriminación o acoso los organismos competentes puedan aportar claridad a la interpretación, en los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional puede ser de ayuda un informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social,

---

<sup>22</sup> Vid. SANROQUE, D., “¿Qué debe esperarse de un perito?”, Noticias Jurídicas, 2009.

<sup>23</sup> Vid. Artículo 80.2 LRJS.

o cuando por la especial actividad que desarrolle una persona física o jurídica y sobre la que recaiga el objeto del pleito sea recomendable la participación de un experto en la concreta actividad.

#### E. PRUEBA DOCUMENTAL

Y llegamos, probablemente al medio de prueba en el que más se han podido apreciar las novedades tecnológicas, y que por ende, se convierte en el núcleo duro del presente trabajo, y este es la *prueba documental*. Sin embargo, de la propia LEC en sus artículos 382 a 384 se puede extraer que los medios electrónicos son considerados independientes y distintos de los documentos, probablemente debido a su carácter significadamente más complejo. Parece que no hay una única concepción generalmente aceptada por la doctrina. Por ello, procederemos a analizar la prueba documental, en su sentido clásico, para posteriormente referirnos a las que podríamos denominar especialidades de la prueba electrónica, y que dada la escasa claridad que aporta sobre ella la LRJS resulta difícil enmarcar conceptualmente.

El artículo 94 de la LRJS regula la prueba de documentos, que tal y como expone el profesor Mercader Ugina “*en un sentido clásico, son escritos, pero en la actualidad tal concepto puede ampliarse admitiendo como tales fotografías, fotocopias o impresos*”. Una de las especialidades más destacables en el proceso laboral es el modo en que este medio probatorio es aportado, pues a diferencia de lo que recoge la LEC que prevé su aportación junto con la demanda y contestación, en el ámbito social su aportación se realiza en el mismo acto del juicio oral, dándose traslado y siendo examinada en ese mismo momento<sup>24</sup>, todo ello en pro de preservar la concentración del juicio. De ello resulta un limitado tiempo de examen e impugnación de documentos, por lo que la LRJS ha previsto algunas excepciones a este principio de concentración como son la posibilidad de que sean trasladadas a las partes con antelación aquellas pruebas que por su extraordinario volumen o complejidad requieran un examen más pormenorizado<sup>25</sup>, así como, la facultad de que el juez conceda a la partes la posibilidad de efectuar sucintas conclusiones complementarias relativas a esta compleja prueba, por escrito a posteriori del acto de juicio.

---

<sup>24</sup> Vid. Artículo 94.1 LRJS.

<sup>25</sup> Vid. Artículo 82.4 LRJS.

## II. NUEVAS TECNOLOGÍAS: CLASES DE PRUEBA ELECTRÓNICA

---

### 1. CONCEPTO

Adentrándonos ahora en un análisis concreto de la vertiente electrónica, resulta equívoco reducir la prueba electrónica a una mera evolución de la prueba documental, pues dada su relevancia y potencia probatoria actual, estamos posiblemente ante una figura analizable de manera independiente y con suficiente contenido y aplicación práctica propio, que debe ser objeto de un conciso análisis, o al menos del que permita un trabajo de tan limitada temporalidad y extensión. Para su acertada comprensión, es imprescindible recurrir a la LEC, de este modo, en sus artículos 382 a 384 encontramos su estatuto, bajo la rúbrica *“De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso”*. En esta Sección de la LEC se viene a distinguir entre los “medios de reproducción” y los “instrumentos de archivo” estableciendo lo siguiente:

Artículo 382 LEC:

*“1. Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte deberá acompañar, en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso.”*

Artículo 384 LEC:

*“1. Los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga.”*

Compartimos la opinión de Puig Faura cuando mantiene que *“la sistemática, la redacción y la terminología utilizada es confusa e inadecuada”*<sup>26</sup>, y no permite, en última instancia, comprender con claridad el significado real que a cada uno le corresponde. La reproducción no es un medio de prueba como tal, al igual que soporte y medio de reproducción no pueden ser usados como sinónimos, por tanto, estos artículos no son capaces de responder positivamente a su finalidad que parecía ser aclarar la diferencia entre *“los instrumentos de filmación, grabación y semejantes”* y *“los instrumentos que permitan archivar”*<sup>27</sup>.

Volveremos sobre el análisis del considerado estatuto jurídico en el siguiente epígrafe en referencia a la aportación de esta prueba electrónica al proceso, pues lo que ahora nos interesa es únicamente comprender su naturaleza, carácter y las clases de prueba digital que se han venido utilizando hasta el momento actual en la realidad jurídico procesal.

Así, tras el análisis de la definición de la profesora Sanchís Crespo sobre prueba digital podemos extraer tres notas de referencia de este tipo de instrumento probatorio que son: *“información”*, *“dispositivo electrónico”* y *“convencimiento”*.

*“El elemento esencial de esta prueba radica en su naturaleza electrónica”*<sup>28</sup>, esto recae sobre su composición, su generación, su almacenamiento y conservación. Estamos ante un sistema binario, que tan solo con dos valores, manipula y conforma información mediante la agrupación de estos caracteres que surgen de la combinación de los valores “0” y “1”. Esta información generada, se traduce para la inmensa generalidad a través de su representación en el texto o la imagen en las pantallas de nuestros dispositivos electrónicos que, además, pueden almacenarla y reproducirla cuantas veces se quiera.

Los caracteres de este tipo de medio probatorio han sido categorizados en 5 pautas definitorias<sup>29</sup>: intangibilidad, volatilidad, alterabilidad, parcialidad e intrusividad. En una

---

<sup>26</sup> PUIG FAURA, S., “La prueba electrónica: sus implicaciones en la seguridad de la empresa”, Tesis Doctoral, Universitat Ramon Llull, 2014, p. 209.

<sup>27</sup> *Ibidem*

<sup>28</sup> PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P., “La prueba en la era digital”, Wolters Kluwer, 2017, p. 27.

<sup>29</sup> Vid. PEREZ PALACÍ, J.E., “La prueba electrónica: Consideraciones”, 2014, p.13.

sola frase, estas pautas podrían definir el hecho de que la prueba electrónica puede ser duplicada sin distinción entre las copias y el original, cambiada su forma sin límite, eliminada, en ocasiones no poseída por encontrarse en manos del contrario y puede influir de manera notable en la esfera de otros derechos recogidos en nuestro ordenamiento, todo ello hace de este soporte, un medio de prueba novedoso, en ocasiones desconocido y por supuesto, digno de análisis, desarrollo e investigación.

Sin embargo, ¿a qué, quién o de qué manera es atribuible el mérito de incluir por primera vez el nuevo medio de prueba de forma expresa en una norma legal? Pues bien, el legislador tomó constancia de su extraordinaria potencia probatoria y por tanto, de su necesidad de regulación allá por el año 1989 cuando en la Ley de Bases de Procedimiento Laboral (LPL) ya se dispuso *“Se admitirán como prueba los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen o del sonido, salvo que se hubieren obtenido, directa o indirectamente, en violación de derechos y libertades fundamentales.”*<sup>30</sup> Para que posteriormente tanto la antigua LPL, como la LRJS actual, continuaran manteniendo tal admisión. Sin embargo, es observable la poca evolución que de forma expresa ha sufrido este precepto, todo ello en contraposición al elevado riesgo que su uso conlleva. Se trata de un precepto tímidamente desarrollado, el cual enuncia de manera genérica la posibilidad de valerse de tales técnicas siempre que no se vulnere con su uso ninguno de los derechos fundamentales protegidos, cuando curiosamente a estos medios digitales de prueba los acompaña una mayor posibilidad de vulneración que al resto de medios probatorios, lo que ha generado a lo largo de los años un amplio debate doctrinal y jurisprudencial que se tendrá ocasión de analizar.

## **2. CLASES DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS**

Y por fin, llegamos a uno de los puntos centrales de este trabajo, el análisis pormenorizado de la plasmación real de estos medios probatorios de carácter electrónico, las clases de pruebas electrónicas. Si bien es cierto que, la constante evolución tecnológica, dificulta la tarea de fijar una lista cerrada de las pruebas electrónicas, nos

---

<sup>30</sup> GARATE CASTRO, J., “Sobre la utilización en el proceso laboral como medio de prueba, de la reproducción de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso a aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías.” Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González, 2004, p. 517.

centraremos en analizar cuáles son aquellas que se observan con mayor frecuencia en la vida diaria de los Juzgados y Tribunales.

#### A. DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Podríamos enmarcar dentro de este término *“todos aquellos objetos y materiales en los que puede percibirse una manifestación de la voluntad o representativos de un hecho de interés para el proceso que pueda obtenerse a través de los modernos medios reproductivos, como la fotografía, la fonografía, la cinematografía, el magnetófono, las cintas de video, los discos de ordenador y cualesquiera otros similares”*<sup>31</sup>. Existen alrededor de esta definición genérica tres concepciones; en primer lugar, aquella que considera documento electrónico a *“aquel en cuya elaboración haya intervenido de cualquier forma la informática”*, una segunda que podríamos considerar versión de la anterior que lo equipara a *“todo aquel en el que ha intervenido en cualquiera de sus fases un equipo informático”*<sup>32</sup> y, por último, la concepción estricta que recoge la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica que exige para otorgar a un documento la consideración de electrónico que posea forma electrónica y que haya sido archivado en soporte electrónico<sup>33</sup>.

En la actualidad, su uso está en constante crecimiento, esto se debe al auge de la contratación electrónica, que ha revelado su utilidad y ha propiciado que el legislador deba regular<sup>34</sup> este sector a fin de aportar seguridad jurídica a una práctica que cada vez está más extendida.

Para tomar la consideración de documento electrónico, el mismo debe poseer cuatro características remarcables que son la autenticidad, la integridad, la originalidad y la

---

<sup>31</sup> ILLAN FERNANDEZ, J.M., “La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil”, Aranzadi, 2009, pp. 467 y ss.

<sup>32</sup> PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P., “La prueba en la era digital”, Wolters Kluwer, 2017, p. 39.

<sup>33</sup> Artículo 3, Ley 59/2003: “5. Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.”

<sup>34</sup> Vid. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Artículos 23-28.

seguridad<sup>35</sup>, sobre las que se volverá en el siguiente epígrafe pues están directamente relacionadas con su aportación y admisión en el proceso judicial.

Por otro lado, siguiendo el análisis de Abel Lluch recogido en el libro de Pinto Palacios<sup>36</sup>, también cuatro son los elementos que caracterizan al documento y que le otorgan, en este caso, ese carácter electrónico:

1. Soporte. Se trata del objeto mediante el que la prueba se aporta al proceso, en el caso de un documento electrónico el mismo puede ser magnético, óptico, un disco duro, *pen drive*, y cualquier de similar naturaleza que pudiera aparecer en el futuro.
2. Contenido. En los documentos electrónicos existen dos partes susceptibles de diferenciación, el contenido del documento y la forma de representación. Así, el contenido es la información grabada mediante el ya mencionado lenguaje binario que será aportada al proceso mediante un medio reproductivo que podrá ser un ordenador, un teléfono, un determinado *software*, etc.
3. Autor. La autoría del documento electrónico plantea problemas que no existían en los documentos escritos, pues la misma en ellos se plasma con la firma o incluso a través de la grafología que identifica a la persona autora. Sin embargo, en el documento electrónico resulta fácilmente identificable la procedencia del documento –si ha sido creado en uno u otro dispositivo electrónico– pero ello no es prueba de su autoría. De ahí la importancia que posee la “*firma electrónica*”<sup>37</sup> de estos documentos en formato digital, pues es el método más fiable para acreditar la autoría del mismo. A través de la firma electrónica se identifica al firmante, se verifica la integridad del documento firmado y se garantiza el origen, a través de un certificado electrónico reconocido por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y un dispositivo seguro de creación de firma que permita

---

<sup>35</sup> Vid. REDONDO HERRANZ, M.H., “El documento electrónico: un enfoque archivístico”, *Revista General de Información y Documentación*, UCM, 2010.

<sup>36</sup> PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P., “La prueba en la era digital”, Wolters Kluwer, 2017, p. 40.

<sup>37</sup> Artículo 3, Ley 59/2003, de firma electrónica: “2. *La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su exclusivo control.*”



acreditar que la clave es secreta y única, y por ende, que servirá para proteger el documento de cualquier alteración posterior.

4. Fecha. La misma se generará automáticamente con el documento, y en el caso de modificación será de nuevo la firma la que permitirá la verificación de la misma.

## B. CORREO ELECTRONICO

El correo electrónico es probablemente el sistema de mensajería más antiguo y extendido de cuantos existen en la actualidad en Internet.<sup>38</sup> El ingeniero Ray Tomilson, su creador, quien fue en 1971 capaz de enviar el primer mensaje a otra persona a través del considerado precursor de Internet, la red de ordenadores ARPANET<sup>39</sup>, y a quien se le atribuye de igual manera el empleo del símbolo “@” que se ha conservado en el formato típico de denominación de usuarios en las plataformas de correo electrónico.

A modo esquemático podemos identificar al correo electrónico con *“un modelo de enunciación en el que un locutor 1, remitente, enuncia un texto para un locutor 2, destinatario, que se transmite en un medio digital, a través del empleo de un programa de gestión de correo electrónico.”*<sup>40</sup> El correo electrónico ha sido, hasta la aparición de las nuevas aplicaciones de mensajería instantánea y otras redes sociales, el medio de comunicación digital más utilizado. Pese a la transformación actual, en el que este medio comparte mercado con diferentes aplicaciones sociales que amasan cada día cantidades incesantes de nuevos usuarios, se estima que a través del correo electrónico se envían 188.000 millones de e-mails<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> VELA DELFA, C., “El correo electrónico: el nacimiento de un nuevo género”, Tesis Doctoral, Facultad de Filología, Universidad Complutense de Madrid, 2006.

<sup>39</sup> “En 1958 los EEUU fundaron la Advanced Research Projects Agency (ARPA) a través del Ministerio de Defensa. El ARPA estaba formado por unos 200 científicos de alto nivel y tenía un gran presupuesto. El ARPA se centró en crear comunicaciones directas entre ordenadores para poder comunicar las diferentes bases de investigación. En 1962, el ARPA creó un programa de investigación computacional bajo la dirección de John Licklider, un científico del MIT (Massachusetts Institute of Technology). En 1967 ya se había hecho suficiente trabajo para que el ARPA publicara un plan para crear una red de ordenadores denominada ARPANET. ARPANET recopilaba las mejores ideas de los equipos del MIT, el National Physics Laboratory (UK) y la Rand Corporation. La red fue creciendo y en 1971 ARPANET tenía 23 puntos conectados.”, “Historia de Internet”, Facultad de Informática de Barcelona, disponible en: <https://www.fib.upc.edu/>

<sup>40</sup> VELA DELFA, C., “Una aproximación del correo electrónico desde una perspectiva diacrónica: evolución y asentamiento de un género discursivo”, Universidad de Valladolid, 2016, p. 65.

<sup>41</sup> PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P., “La prueba en la era digital”, Wolters Kluwer, 2017, p. 42.

Se trata del intercambio de mensajes a través de buzones identificados mediante una dirección electrónica, que se almacenan en los servidores de cada compañía que preste el servicio, y cuyo acceso está protegido mediante contraseña. En su aportación al proceso normalmente revisten forma documental a través de su impresión en papel, sin embargo, es posible solicitar el levantamiento de acta de protocolización ante Notario, para reflejar de este modo su constancia mediante fe pública. Así como, valerse de los ya referidos peritos informáticos, que dado su cualificación podrán aportar claridad sobre su veracidad o manipulación.

La relevancia de este medio probatorio en el proceso laboral es especialmente notable, pues el correo electrónico no solo ocupa un lugar privilegiado entre los medios de comunicación más usados por la población en general en el siglo XXI, sino que esta relevancia podría decirse, se acrecienta en el ámbito de la empresa. Así, en el ámbito B2B, la cantidad de operaciones que se materializan por esta vía es de una proporción considerable, pero es que cada vez es más común que incluso se tramiten por esta vía ofertas de empleo que podrían considerarse incluso “*precontratos laborales*”<sup>42</sup>. Desde hace ya algunos años, sobre todo con la entrada de la crisis económica vivida en este país, se ha tomado conciencia de la problemática relativa a la negociación de una oferta de empleo de la cual finalmente la empresa desiste, sin existir documento alguno que lo acredite<sup>43</sup>. Sin embargo, imaginemos que la misma se ha llevado a cabo a través del intercambio de correos electrónicos, la aportación de los mismos al proceso se podría llegar a traducir en la existencia de un verdadero “*precontrato laboral*” de la misma forma que ocurre en el ámbito mercantil, observando siempre las circunstancias de cada caso en concreto.

Además, se parte de la utilización como prueba de ese medio electrónico en el que podríamos considerar, el caso más relevante en materia de derechos laborales del

---

<sup>42</sup> Vid. “Precontrato”, Guías Jurídicas Wolters Kluwer, disponible en: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

<sup>43</sup> SAIZ, L., “Que pasa si una empresa hace una oferta laboral y se arrepiente”, My News, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2018, disponible en: <http://mynmedia.mynews.es>

trabajador, en los últimos años, el caso *Barbulescu*<sup>44</sup>, en el que la Gran Sala del TEDH<sup>45</sup> ha reforzado la protección del trabajador frente al control y vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral por parte del empresario, concretamente en un caso en que los tribunales rumanos habían considerado ajustada a derecho la intervención, el modo en que esta se llevó a cabo por el empresario, del correo electrónico de uno de sus trabajadores, intervención que provocó su despido. Este es podríamos llamar el culmen de la influencia e importancia de la prueba electrónica, su empleo y aportación en las resoluciones de los tribunales.

### C. SMS

Bajo estas siglas se recoge el denominado “*Short Message Service*”, gestado en 1985 por el ingeniero Matti Makkonen, se trata de un sistema de envío de mensaje con un límite de contenido de 160 caracteres. Fue desarrollado por Friedhelm Hillebrand y Bernad Ghillebaert, tal y como ha reconocido el propio Makkonen, y finalmente cobró vida en diciembre de 1992 fecha en la que fue efectivo el primer envío de SMS.<sup>46</sup> El modo de funcionamiento consta de un teléfono móvil emisor, otro receptor y un servidor que de forma automática recibe el SMS y lo reenvía al destinatario.

Todos los teléfonos actuales incorporan este tipo de aplicación, pues hasta aproximadamente el año 2009 su relevancia en la comunicación digital fue considerablemente amplia. Sin embargo, con la aparición de las nuevas aplicaciones – Whatsapp, Skype, Twitter o Facebook— su protagonismo quedó mermado, pues no podía competir en el plano económico ni en el servicio prestado.

### D. PÁGINA WEB

Podríamos entenderlo como un documento electrónico que contiene información en un formato adaptado que se incluye en la *World Wide Web* –de donde proviene la abreviatura *www* que encontramos en gran parte de las páginas disponibles en Internet–.

---

<sup>44</sup> ROJO TORRECILLA, E., “De Barbulescu I a Barbulescu II. La Gran Sala del TEDH refuerza la protección del trabajador frente al control y vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral por parte empresarial. Notas a la importante sentencia de 5 de septiembre de 2017, y amplio recordatorio de la sentencia de la Sala Cuarta de 12 de enero de 2016”, 6 de septiembre de 2017, disponible en: [www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es)

<sup>45</sup> Sentencia Gran Sala TEDH de 5 de septiembre de 2017.

<sup>46</sup> Vid. ROMERO, S., “El SMS cumple 25 años: el antepasado de la comunicación en el móvil”, BBVA Tecnología, 2017, disponible en: <https://www.bbva.com/>

A la misma solo se accede a través de Internet, se precisará un navegador para que interprete este formato de información denominado XHTML o HTML<sup>47</sup>.

Debido a la expansión de Internet a todos los niveles, el contenido y fin que encontramos en las páginas web si echamos un vistazo, es cuando menos variado. En el mundo de los negocios, su influencia es destacable, pues en la actualidad hay una gran cantidad de entidades que utilizan Internet como escaparate e incluso punto de venta, lo que está demostrado, supone una ventaja competitiva.

Sin embargo, la excesiva alterabilidad que preside el mundo de Internet, se muestra como un importante conflicto en lo que al ámbito probatorio se refiere, pues hace que pensando siempre en un ámbito procesalista su aportación al pleito pueda ser dificultosa. Las páginas web varían de manera constante, pudiendo ser relativamente fácil incluso su eliminación. Esto trae como consecuencia que en el ámbito procesal su aportación esté sujeta a que en el momento preciso se pueda reflejar el contenido que resulte interesante, o que sea objeto de pleito, para ello vuelve a ser recomendable y prácticamente imprescindible, que si se quiere hacer uso de este medio se acuda al Notario que de fe de su existencia a través de la extensión de un acta notarial.

#### E. GRABACIONES DE SONIDO

Se trata de otro medio probatorio que consiste en la captación de sonidos o conversaciones a través de un soporte electrónico. El mismo está sometido a relevantes requisitos de admisibilidad en lo que refiere a la protección del derecho a la intimidad, así como, a la verificación de su autenticidad.

Su uso más extendido es la captación de conversaciones para su posterioridad reproducción y aportación al proceso. Sin embargo, habrá que atenerse al análisis de su autenticidad dada la posibilidad que existe de que el audio sea manipulado, trucado o distorsionado. Su verificación podrá realizarse a través de un “*cotejo de voces*” o una pericial tecnológica sobre el soporte empleado para la grabación.

---

<sup>47</sup> Vid. PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P., “La prueba en la era digital”, Wolters Kluwer, 2017, p. 46.

Si reflexionamos sobre el modo de obtención de este medio probatorio, se piensa en tres supuestos, el primero que se da en aquellos casos en que por motivos de seguridad se informa a los interlocutores de que van a ser grabados, por ejemplo, cuando realizamos una llamada telefónica y previamente un buzón de voz nos avisa de este hecho o cuando se decide grabar una conversación de mutuo acuerdo o mediando consentimiento; un segundo caso, en el que uno de los interlocutores decide grabar la conversación sin informar a la otra parte, y un tercero, en el que un tercero ajeno es quién graba la conversación de otros interlocutores sin estar esta persona implicada en tal conversación.

Y de esta diferenciación, parte el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia 114/1984<sup>48</sup> para aclarar en que casos la grabación es una prueba obtenida lícitamente y en cuales se está vulnerando el derecho a la intimidad. El criterio establecido por el TC en esta sentencia es el que se sigue en la actualidad y vino a establecer:

*“Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si uno no es parte en la conversación estará vulnerando un derecho fundamental reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución, pero quien graba las palabras que un tercero le dirige no está realizando por ese solo hecho ilícito alguno. Cuestión diferente sería si esa conversación se divulga y la intromisión que pueda suponer en la esfera de la persona cuyas palabras se han recogido”*,

En esta misma línea se ha pronunciado el TS varias sentencias<sup>49</sup>, enunciando que: *“La grabación de una conversación que tiene lugar entre dos personas y que uno de los intervinientes desea conservar para tener constancia fidedigna de lo tratado entre ambos, no supone una invasión de la intimidad o espacio reservado de la persona ya que el que resulta grabado ha accedido voluntariamente a tener ese contacto y es tributario y responsable de las expresiones utilizadas y del contenido de la conversación, que bien se puede grabar magnetofónicamente o dejar constancia de su contenido por cualquier otro método escrito. Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a*

---

<sup>48</sup> Vid. STC 114/1984, Sala Segunda, de 29 de noviembre (Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León).

<sup>49</sup> Vid. STS 7 de febrero de 1992, 883/1994, 178/1996, 914/1996, 702/1997 y 268/1998.

*un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente, a los que les escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún tipo de reproche jurídico.”*

En definitiva, solo son consideradas como vulneradoras del derecho a la intimidad aquellas grabaciones realizadas por un tercero ajeno, o en el caso, de ser grabadas por un interlocutor aquellas que sean difundidas y cuyo resultado suponga una intromisión en la esfera de la persona. En cualquier otro caso, estamos ante un medio probatorio válido y eficaz en un juicio.

#### F. FOTOGRAFÍA DIGITAL

*“La fotografía digital apareció a partir de la segunda mitad del siglo XX y ha alcanzado un espectacular desarrollo durante el siglo XXI. El funcionamiento de las cámaras digitales es muy simple. Se trata del mismo concepto que el de una cámara analógica o réflex con su respectivo objetivo, obturador y diafragma. Sin embargo, en este caso, en lugar de proyectar la imagen sobre un negativo, aquella se proyecta sobre un sensor CCD (charge coupled device) cuya cualidad consiste en capturar la imagen en forma de bits, es decir, un código binario en escala de grises que puede ser transformado, a decisión del fotógrafo, en una imagen a color.”<sup>50</sup>*

Tras su captura las imágenes se almacenan en una memoria interna lo que posibilita que con posterioridad sean transferidas a un ordenador para su reproducción o manipulación. Ello permitirá acreditar un concreto estado de cosas en un hipotético juicio, al que serán aportadas en formato papel o través de un CD o DVD.

La fotografía digital destaca por su perdurabilidad frente a la fotografía analógica que al revelarse es susceptible de ser dañada por elementos externos o, incluso, por el mero paso del tiempo. Sin embargo, a la hora de su aportación al proceso la misma es fácilmente impugnabile, si no se cuidan pequeños detalles como el acreditar la fecha y el lugar en que fue tomada. En ocasiones la propia cámara deja constancia del momento en que la foto es tomada, pero puede entenderse como un elemento que no otorga la

---

<sup>50</sup> PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P., “La prueba en la era digital”, Wolters Kluwer, 2017, p. 50.

suficiente veracidad o acreditación, por ello es interesante optar por la solución relativa al acta notarial y ayudarse de aplicaciones digitales como ActaMobile<sup>51</sup>, y en el caso de que se alegue su manipulación, obtener una valoración a través del peritaje informático.

## G. VIDEOGRABACIÓN

Entendemos por videograbación, el empleo de videocámaras las cuales permiten la filmación de imágenes y sonidos, así como su almacenamiento para su posterior reproducción. Tradicionalmente, su uso está completamente ligado a la vigilancia y al control del crimen, ya en 1997 la videovigilancia fue objeto de discusión a nivel europeo en la conferencia sobre *“Prevención del crimen: hacia un nivel europeo”* que alertó sobre su relevancia cuando señaló: *“Las cámaras como herramienta para prevenir el crimen, son en general un modo nuevo t rentable de infundir confianza a los ciudadanos que se sientan inquietos por su seguridad porque disuaden la criminalidad y suministran un elemento de apoyo al Ministerio Fiscal [...] El público debe ser advertido de que se emplean estos sistemas y se debe preservar la privacidad”*<sup>52</sup>. En el momento actual, si salimos a cualquier espacio público y echamos un vistazo encontramos múltiples cámaras que sirven a este fin, y que prestan ayuda en la investigación de los mismos a las distintas autoridades, y que por supuesto, también han invadido los espacios privados, siendo múltiples los establecimientos que se protegen contra posibles delitos o irregularidades mediante el empleo de las cámaras de videovigilancia.<sup>53</sup> Dejando al margen del presente trabajo la proliferación y expansión del uso de este sistema en el espacio público pues este campo excede del objeto pretendido, nos centraremos en su análisis en el sector privado.

En España, la expansión de su uso ha sido de una dimensión considerable sobre todo en los últimos 6 años, desde 1994 hasta la actualidad hemos pasado de 19

---

<sup>51</sup> *“Acta mobile es un servicio de captura de imagen y posición GPS para smartphones con fechado de tiempo (TimeStamping) mediante una APP fácil e intuitiva para el usuario basada en una robusta arquitectura tecnológica y jurídica con intermediación de Prestador de Servicios de Confianza que garantiza la integridad de la captura en fecha y hora ciertas con plenos efectos de prueba ante los Tribunales, garantizando la cadena de custodia.”* Para más información, véase [www.colorituris.net/acta-mobile/info/](http://www.colorituris.net/acta-mobile/info/)

<sup>52</sup> PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P., *“La prueba en la era digital”*, Wolters Kluwer, 2017, p. 52.

<sup>53</sup> Vid. PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P., *“La prueba en la era digital”*, Wolters Kluwer, 2017, p. 53: *“Este fenómeno se enmarca dentro de la llamada “cultura del control”, que se caracteriza por una “nueva experiencia colectiva del delito y la inseguridad”*.

ficheros inscritos en el Registro General de la Agencia Española de Protección de Datos a 170.000 ficheros con esta finalidad.<sup>54</sup>

Uno de los ámbitos en los que el empleo de cámaras de videograbación ha levantado más controversia o debate, es el de las relaciones laborales, pues se trata de una confrontación entre el derecho de control del empresario y el derecho a la intimidad de los trabajadores, y que ha dado lugar a una jurisprudencia inestable<sup>55</sup>, que no es imposible abarcar en un trabajo de tan limitada dimensión. Sin embargo, brevemente queremos ilustrar el estado de cosas en el que nos encontramos en la actualidad en esta materia, así, es obvio que no existe un poder empresarial omnipotente; las facultades que poseen los empresarios con respecto a la vigilancia y el control de sus trabajadores siempre deben ir precedidas de un juicio de razonabilidad con fin de proteger la esfera personal del trabajador. Tal y como mantiene el catedrático Federico Durán López *“Los controles empresariales han de superar un triple juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad. La medida de control ha de ser idónea para la consecución de los fines legítimos perseguidos; necesaria, en el sentido de que no exista otra menos intrusiva en la esfera del trabajador, y proporcional a las circunstancias que la motivan. Los problemas se simplifican bastante cuando existe un protocolo empresarial regulador del uso de los medios informáticos y de los instrumentos susceptibles de emplearse para controlar dicho uso.”*<sup>56</sup> Ilustradora de esta doctrina es la Sentencia del TS de 7 de febrero de 2017, a tenor de lo dictado por el TC en su sentencia de 3 de marzo de 2016, en la que la instalación de videocámaras en el centro de trabajo se consideró que revestía *“carácter razonable y proporcionado a su objeto”* declarando la validez de la prueba videográfica, y declarando también que el consentimiento del trabajador *“pasa a un segundo plano por entenderse implícito en la relación negocial”*<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Vid. “Crece la videovigilancia, bajan las sanciones”, Diario La Ley, núm. 8217, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2013, Año XXXIV, p.1.

<sup>55</sup> Vid. LLUCH CORELL, F.J., “Derecho a la intimidad del trabajador versus control empresarial: una jurisprudencia inestable”, El Derecho, Revista de Jurisprudencia, Sección Tribuna, 1 de diciembre de 2014, disponible en: <https://elderecho.com/>

<sup>56</sup> DURÁN LÓPEZ, F., “El uso de las TIC en el trabajo, ¿protección o hipergarantía?”, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Sección Economía, 28 de septiembre de 2018, disponible en : <http://mynmedia.mynews.es/>

<sup>57</sup> NOTICIAS JURÍDICAS, “El TC aclara su doctrina en relación con el uso de cámaras de videovigilancia en la empresa”, Jurisprudencia, 17 de marzo de 2016, disponible en <https://noticias.juridicas.com/>



La proliferación del empleo de estos medios de control hizo disparar las alarmas sobre lo que algunos llegaron a denominar “*El Gran Hermano en la oficina*”<sup>58</sup>, en la actualidad el TEDH ha reestablecido los puntos fundamentales de esta doctrina en su sentencia de 9 de enero de 2018, todo ello a raíz de la que podríamos denominar doctrina *barbulescu*, que ha sentado nuevas reglas en lo que refiere a la delimitación entre el poder de dirección empresarial y los derechos de los trabajadores. Pese a tratarse el caso *Barbulescu* de una intervención de los emails del trabajador, su influencia en las resoluciones de tribunales ha sido amplia y en relación con la instalación de cámaras de grabación y su posible empleo como medio de control laboral, la ya citada STEDH parece mantener que el trabajador debe estar informado de su existencia de manera expresa e inequívoca, sin necesidad de que exista consentimiento expreso –“*dicha autorización se entendería implícita en la propia aceptación del contrato que implicaría un reconocimiento expreso y automático del poder disciplinario del empresario*”<sup>59</sup> –; que para su instalación debe observarse el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y que previamente deberá existir un registro de actividades de tratamiento, con el fin de salvaguardar el derecho a la protección de datos.<sup>60</sup>

## H. REDES SOCIALES

Internet ha permitido la aparición de un nuevo concepto de relaciones sociales y son aquellas que surgen del intercambio inmediato de información a través de las nuevas plataformas digitales, que han provocado una nueva concepción de comunidad. La información que se comparte por medio de este canal es de lo más variopinta, desde una forma para conseguir empleo, a la retransmisión en directo de un viaje espacial, esto significa tener a golpe de un *click* un mundo por descubrir.

Pese a la presencia de estas redes sociales en la vida de la mayor parte de la sociedad, las mismas encierran también un amplio elenco de interrogantes en lo que al mundo legal se refiere, desde la aparición en una de estas redes de una imagen tuya sin permiso, lo que

---

<sup>58</sup> Vid. “El Gran Hermano en la oficina: hasta dónde puede llegar el control empresarial de la empresa”, El País, Cinco Días, 21 de junio de 2017, disponible en: <https://cincodias.elpais.com/>

<sup>59</sup> GÚTIEZ SAINZ-PARDO, A., “¿Supone la utilización de cámaras de videovigilancia una vulneración del derecho fundamental a la intimidad del trabajador?”, Legal Today, 15 de febrero de 2018, disponible en: <http://www.legaltoday.com/>

<sup>60</sup> Así lo ha dispuesto la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) con el fin de armonizar la nueva legislación en materia de protección de datos dispuesta en el Reglamento de la Unión Europea de Protección de Datos. Disponible en: <https://www.aepd.es/>

implicara una confrontación con el derecho a la intimidad y en ocasiones, al derecho al honor; hasta la eficacia probatoria que su contenido puede tener en un proceso judicial, extremo que queremos analizar en este punto.

*“Podemos definir de manera amplia las redes sociales on line como aquellos servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes en base a criterios comunes y permitiendo la conexión e interacción con otros usuarios”<sup>61</sup>.*

Las redes sociales acumulan cantidades ingentes de información, y se trata de una creación retroalimentada por su funcionamiento, en el que los usuarios poseen una doble disposición, como consumidores y como creadores.

A los efectos de este trabajo nos interesa analizar la utilidad que toda esa información generada tiene de cara al proceso judicial, si la misma puede ser utilizada en este sentido y va a desplegar efectos probatorios como tal.

Existen en la actualidad diferentes tipos de redes sociales<sup>62</sup>, de comunicación, especializadas en algún género como viajes, redes sociales profesionales destinadas a la demanda y oferta de empleo, etc. El funcionamiento de cada una de ellas es similar contando con un momento inicial de registro y el posterior acceso al contenido y los servicios que esta ofrezca. Sin embargo, nos vamos a referir exclusivamente a aquellas redes sociales que hemos considerado con más renombre y utilidad en su vinculación a la materia objeto de este estudio, siendo estas Instagram, Twitter y Facebook. Se trata de tres tiburones de Internet que han conseguido aunar cantidades millonarias de usuarios, que son los que permiten hacer de estas plataformas un negocio más que rentable y en

---

<sup>61</sup> ORTIZ LOPEZ, P., “Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal” dentro de RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Derecho y redes sociales”, Civitas, Thomson Reuters, 2014, p. 22.

<sup>62</sup> Vid. GARCÍA ESTÉVEZ, N., “Redes Sociales en Internet. Implicaciones y consecuencias de las plataformas 2.0 en la sociedad”, Editorial Universitas, 2012.

constante crecimiento, y que les ha hecho poseer una influencia real en la sociedad actual.<sup>63</sup>

No es extraño en la sociedad actual escuchar en los medios de comunicación diferentes casos de condenas judiciales<sup>64</sup> por actuaciones efectuadas dentro de estas redes sociales, normalmente por ofensa a una persona o colectivo, e incluso por considerarse como enaltecimiento del terrorismo<sup>65</sup>, es decir, la vinculación entre las redes sociales y el mundo del derecho no es baladí.

En la jurisdicción laboral también encontramos casos en los que lo posteo en estas redes sociales va a influir de manera notable en la calificación de los despidos, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>66</sup> es muy abundante en este asunto.

Si bien es cierto que lo que ocurre fuera del horario laboral pertenece a la esfera personal del empleado, si la conducta reprochable tiene trascendencia laboral se podrá interponer medidas disciplinarias al responsable. La trascendencia laboral no va a depender de que en esas publicaciones ofenda directamente a la empresa o esté relacionado con ella, también serán sancionables aquellas que indirectamente perjudiquen a la entidad. Por ejemplo, la Sentencia 74/2018 de 28 de febrero del Juzgado de lo Social nº 2 de Palma de Mallorca en la que se declaró procedente el despido de un empleado que difundió a través de su perfil de Facebook, en el que se identificaba para que empresa trabajaba, imágenes de la guerra de Siria mofándose de lo sucedido, lo que se tradujo en un desvalor social identificable hacia la empresa. No se duda, de que la ofensa directa a la empresa o personal laboral asociado a través de comentarios en redes sociales será reprochable jurídicamente, y desplegará sus efectos sobre la calificación del despido, como acredita la sentencia del TSJ de Andalucía, 1736/2017 de 8 de junio, en cuyo fallo consideró procedente el despido de un empleado con motivo de los comentarios ofensivos y difamatorios hacia la dirección de la empresa y otros empleados a través de su perfil de

---

<sup>63</sup> Vid. PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P., “La prueba en la era digital”, Wolters Kluwer, 2017, p. 65-69.

<sup>64</sup> Vid. HERRAIZ, P. y MARTÍN, D., “Juicio y condena “pionera” por insultar en las redes sociales”, El Mundo, 7 de mayo de 2014, disponible en: [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es).

<sup>65</sup> Vid. PÉREZ, J., “Pablo Hasél declara en la Audiencia Nacional por enaltecimiento del terrorismo en 15 tuits”, Público, 31 de agosto de 2016, disponible en [www.publico.es](http://www.publico.es).

<sup>66</sup> Vid. STSJ de Madrid 414/2018 de 18 de abril y STSJ de Cataluña 609/2017 de 30 de enero.

Facebook. En este caso, se consideró que incluso aunque no sean observables de manera notables los daños externos —económicos o reputacionales— existe un claro quebrantamiento de la buena fe contractual.<sup>67</sup>

Evidentemente, no se trata de un criterio absoluto, sino que deberá ser analizado en cada caso concreto, e identificar si existe una clara voluntad de ofender y perjudicar a la empresa, o se trata de una actuación amparada por la libertad de expresión cuya única intención es la de desahogarse o, valga la redundancia, expresar una situación de vulnerabilidad.<sup>68</sup>

## I. WHATSAPP

Ideada por el ingeniero Jan Koum, ahora ex CEO y cofundador de esta aplicación junto con Brian Acton, se trata de un instrumento que permite el intercambio de información de manera inmediata de forma gratuita, que ha significado una de las causas de su masivo éxito. Se concibió en 2009, tratando de mejorar los ya existentes SMS, y su éxito fue rotundo al incorporar al formato de texto nuevas posibilidades como el envío de fotos, vídeos, compartir ubicación, documentos, contactos, etc.

En palabras del propio Jan Koum la finalidad que pretendía WhatsApp queda resumida de esta forma: *“Hace pocos años, mi amigo Brian y yo pensamos en montar un servicio de mensajería con una finalidad muy clara: dar la mejor experiencia posible al usuario. Y apostamos por que si nuestro equipo de ingenieros podrían hacer la mensajería rápida, sencilla y personal, podríamos cobrar a la gente por ello sin tener que poner molestos anuncios en banners, promociones de juegos y todas esas típicas distracciones que se ven en tantas otras aplicaciones de mensajes. Hoy anunciamos con orgullo, gracias a vosotros, que WhatsApp ha alcanzado una meta que ningún otro programa similar ha conseguido: 400 millones de usuarios activos al mes. Los últimos 100 millones llegaron en solo cuatro meses. Esto no es una mera suma de personas que se han registrado en WhatsApp, no, es la cantidad de gente que lo usan cada mes”*<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Vid. CARDONA RUBERT, M. B., “Redes sociales en el contrato de trabajo” dentro de RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Derecho y redes sociales”, Civitas, Thomson Reuters, 2014, p. 296.

<sup>68</sup> Vid. Sentencia TSJ de Extremadura 187/2017 de 23 de marzo de 2017.

<sup>69</sup> KOUM, J., “400 millones de historias”, Blog WhatsApp, 19 de diciembre de 2013, disponible en: <https://blog.whatsapp.com>.

Fue una de las redes sociales más influyentes en la actualidad, el gigante Facebook quien compro WhatsApp el 19 de febrero de 2014 por 19.000 millones de dólares. Se estima que en la actualidad esta aplicación posee 1.000 millones de usuarios.

La compañía ha continuado con su principio de ofrecer la mejor experiencia posible al usuario, actualizándose esta vez en lo que ha materia de seguridad se refiere, en 2016 introdujo en la aplicación el llamado cifrado “*end to end*”<sup>70</sup> que ha garantizado que las conversaciones mantenidas a través de este medio sean totalmente confidenciales, solo pudiendo acceder al contenido sus interlocutores, se han eliminado los servidores de almacenamiento externos.

Al igual que ha ocurrido con las anteriormente examinadas redes sociales, Whatsapp se ha convertido en un nuevo medio probatorio en el proceso judicial<sup>71</sup>, el contenido de las conversaciones en ocasiones sirve para acreditar, la comisión de un delito, el reconocimiento de una deuda, o en el ámbito laboral influir sobre la calificación del despido.

---

<sup>70</sup> Vid. “WhatsApp: qué es el cifrado “end to end” y por qué es importante”, ABC, 6 de abril de 2016, disponible en: [www.abc.es](http://www.abc.es)

<sup>71</sup> Vid. BARREDO, A., “Insultos, amenazas indirectas por WhatsApp llenan los juzgados españoles” La Vanguardia, 28 de febrero de 2017, disponible en: [www.lavanguardia.com](http://www.lavanguardia.com).

### III. LA INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL DERECHO PROCESAL LABORAL

---

#### 1. INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL

La intrusión de las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico ha supuesto importantes cambios a nivel general, y especialmente, en lo que refiere al sistema procesal laboral. De este modo, el proceso se ha visto influido de manera notable en su carácter, estructura y funcionamiento de la Administración de Justicia. En el presente epígrafe se pretende hacer una breve reflexión sobre lo que han supuesto tales modificaciones a nivel genérico, para finalizar realizando un análisis concreto de la relevancia en lo que a derecho probatorio se refiere.

El impacto tecnológico ha provocado un tránsito hacia un nuevo modelo organizativo en la Administración de Justicia que como decimos influye a nivel organizativo, sociológico y económico. La creación de la Nueva Oficina Judicial (NOJ) ha establecido una nueva forma de funcionamiento encabezada por el llamado Expediente Judicial Electrónico (EJE) que ha sido definido como el “*conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga*”<sup>72</sup> siendo posteriormente ampliada por la definición que da la disposición final séptima de la ley 42/2015, de 5 de octubre considerándolo “*el conjunto de datos, documentos, trámites y actuaciones electrónicas, así como de grabaciones audiovisuales correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga y el formato en el que se hayan generado*”. Se trata, en definitiva, de la materialización digital del contenido de todo proceso. Llegados a este punto, pese a encontrarnos tan solo en el inicio de este análisis se nos hace escueta la regulación existente al respecto dado lo imponente de considerar al EJE como “*el heredero digital de los ‘autos’*”.

---

<sup>72</sup> Artículo 26.1 de la Ley 18/2011, de 5 de julio.

Consecuencia de lo anterior es la nueva consideración de la que se dota a la fe pública judicial<sup>73</sup> que pasa a tener una materialización digital debido a la existencia de resoluciones y actuaciones electrónicas generadas en los sistemas de gestión procesal. El papel desaparece o, al menos, pasa a poseer un rol completamente subsidiario, lo que ha repercutido sobre la integridad, la identidad y la conservación de estos nuevos documentos electrónicos que conforman el EJE, todo ello ha supuesto la necesidad de establecer un nuevo código a este respecto, cuyo espacio de momento lo ocupa tímidamente la ya citada Ley 42/2015.<sup>74</sup>

El EJE también ha revestido a los actos judiciales de esa aura digital, en primer lugar, con respecto a los plazos procesales, que vienen mostrar peculiaridades, por ejemplo, en relación a la falta de acceso a un contenido que ha sido correctamente remitido; en este caso, si el contenido permanece tres días sin que se acceda al mismo, la comunicación se entenderá efectuada. No hay mención expresa en la LRJS, en referencia a las implicaciones del sistema LexNET<sup>75</sup>, lo que el TS ha considerado como una necesidad de aplicación de la técnica de la supletoriedad con lo dispuesto en la LEC<sup>76</sup>. También ha influido sobre la constancia de la presentación de escritos, la misma puede verse comprometida por fallos de la propia aplicación LexNET; es por ello que ya se han articulado cautelas en este sentido siendo de fundamental importancia el resguardo acreditativo de la presentación que genera el propio sistema: ejemplo de ello es el artículo 44 de la LRJS<sup>77</sup>, que remite necesariamente al contenido del artículo 135 de la LEC. Y por supuesto, esta influencia se ha manifestado sobre los actos de comunicación digitales,

---

<sup>73</sup> Vid. “Fe Pública”, Guías Jurídicas Wolters Kluwer, disponibles en <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/>

<sup>74</sup> Vid. TORRO ENGUIX, J., “Aspectos críticos del proceso laboral y el expediente judicial electrónico. III. Una nueva fe pública judicial” dentro de Revista Derecho Social y Empresa, Implicaciones procesales de las reformas del mercado de trabajo, núm. 9, 2018.

<sup>75</sup> Vid. “¿Qué es LexNET abogacía y que ventajas ofrece?”, Abogacía Española, disponible en [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es)

<sup>76</sup> Vid. ATS 11200/2016, Sala de lo Social, de 8 de noviembre.

<sup>77</sup> Artículo 44 LRJS “1. Las partes habrán de presentar todos los escritos y documentos en los Registros de la oficina judicial adscrita a los Juzgados y Salas de lo Social. 2. Cuando las oficinas judiciales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos iniciadores y demás escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de su fecha, los escritos y documentos podrán enviarse y recibirse por aquellos medios, con plenos efectos procesales, con el resguardo acreditativo que proceda de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

sobre las notificaciones en general con respecto a lo establecido por la disposición transitoria cuarta de la Ley 42/2015 que recogió la obligación de comunicación electrónica con la Administración de Justicia, para ciertas personas o colectivos entre los que se encuentran los “profesionales de la justicia”.<sup>78</sup>

Digamos que las anteriores peculiaridades han tenido influencia en todas las jurisdicciones de manera genérica, sin embargo, también se han visto influidas otras partes específicas del proceso laboral, como lo es la conciliación, en este caso la que podríamos denominar conciliación digital y es que tal y como recoge Torró Enguix<sup>79</sup> “siguiendo con lo anterior, la digitalización obliga a tener diferenciados los acontecimientos procesales. ¿Tratándose la conciliación de una comparecencia su documentación cómo deberá realizarse? Si la comparecencia se documenta informáticamente, generando la oportuna acta, se hace necesaria su impresión para que los intervinientes firmen la misma. Se ha generado un documento informático que si deviniere como definitivo carecería de las referidas firmas, por lo que deberá procederse a su escaneo e integración posterior dentro del expediente digital, al menos hasta que existan medios de firma electrónica que permitan la no impresión, como habitualmente se observa su existencia en amplios sectores de la actividad económica (facturación, supermercados, reparto postal, ... etc)”.

Como hemos podido comprobar las nuevas tecnologías han incidido e inciden sobre el desarrollo del proceso. Al objeto de este trabajo nos interesa ahora realizar un análisis en referencia a tal influencia tecnológica en concreto sobre la aportación al proceso de los medios probatorios digitales analizados con anterioridad, aunque dado el carácter de este trabajo, deberá ceñirse a una dimensión más reducida de la que probablemente merezca.

---

<sup>78</sup> Vid. TORRO ENGUIX, J., “Aspectos críticos del proceso laboral y el expediente judicial electrónico” dentro de Revista Derecho Social y Empresa, Implicaciones procesales de las reformas del mercado de trabajo, núm. 9, 2018.

<sup>79</sup> TORRO ENGUIX, J., “Aspectos críticos del proceso laboral y el expediente judicial electrónico” dentro de Revista Derecho Social y Empresa, Implicaciones procesales de las reformas del mercado de trabajo, núm. 9, 2018.



## 2. LÍMITES CLÁSICOS AL DERECHO PROBATORIO

Como se ha observado a lo largo del presente documento la actividad probatoria ha evolucionado a lo largo de los últimos años, incorporando a la escena procesal nuevos medios probatorios de los que pueden valerse las partes para fundamentar sus pretensiones. Esta evolución se ha traducido en cambios en los requisitos y en la forma en la que estos son aportados al proceso, todo ello sin invalidar aquellos requisitos que han caracterizado la vertiente más clásica del derecho probatorio en la jurisdicción social. Es decir, se va a tratar de observar la evolución en la admisibilidad de la prueba, partiendo desde los requisitos de admisibilidad de la prueba en el derecho laboral enunciados por la LRJS (como son, la pertinencia, la utilidad y la legalidad) que se configuran como límites a este derecho probatorio, para concluir con un análisis actual relativo a la validez y eficacia de la prueba electrónica, las novedades en su aportación al proceso y las controversias que este hecho haya podido generar.

Siguiendo a Picó I Junoy<sup>80</sup>, la prueba está sujeta a límites que pueden ser clasificados en: intrínsecos –pertinencia, utilidad y legalidad– y extrínsecos, o aquellos requisitos legales de proposición en un sentido genérico, así como, aquellos propios de cada medio probatorio.

En lo que refiere a los límites intrínsecos, son aquellos que debemos considerar como fundamentales, esto se debe a que la ley los considera indispensables<sup>81</sup> para que el juez pueda admitir la prueba.

En este sentido, la prueba deberá cumplir con el requisito de pertinencia, entendiendo este como la vinculación de la prueba que se pretende practicar con el objeto del proceso. El Tribunal Constitucional (TC) ha tenido ocasión de pronunciarse para aportar claridad sobre este término manteniendo un criterio fijo que se guía por su relación con el objeto del proceso y con lo que constituye *thema decidendi*.<sup>82</sup> Sin embargo, es observable en la jurisprudencia del TC<sup>83</sup> la estrecha vinculación que este criterio

---

<sup>80</sup> PICÓ I JUNOY, J., y ABEL LLUCH, X., “Problemas actuales de la prueba civil”, J.M. BOSCH, Barcelona, 2005, pp. 49 y ss.

<sup>81</sup> Vid. Artículo 283 LEC y Artículo 90 LRJS.

<sup>82</sup> Vid. STC de 14 de febrero de 2000.

<sup>83</sup> Vid. STC 51/1985 de 10 de abril.

mantiene con la “*flexibilidad del juzgador*” pues se trata de intereses que deben ser ponderados. Criterio que definió a la perfección el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de julio de 1994, cuando mantuvo que “ [...] *vale más el exceso en la admisión de pruebas que en su denegación, como dice la Sentencia de esta Sala de 27 de junio de 1991 (que cita la de 20 de febrero 1986 ), sin que ello implique desapoderar a los juzgadores de las instancias de su potestad para pronunciarse sobre la pertinencia de las propuestas (artículo 566 LEC), sino acoger con la filosofía y sentido que inspira el artículo 24.2º de la Constitución, en cuanto a que las probanzas de referencia no se manifiesten claramente ausentes de adecuación y utilidad*”.

En segundo lugar, encontramos el requisito de utilidad, que asienta la necesidad de que el medio probatorio permita esclarecer la controversia suscitada en el pleito, sin embargo, si existe duda razonable en base a este criterio la prueba deberá ser admitida. Además, tal y como mantiene Puig Faura, “*no cabe declarar la inadmisión de la prueba con base en la previsión de su resultado*”<sup>84</sup>.

Por último, encontramos la condición relativa a la legalidad y licitud de la prueba practicada. La legalidad refiere que la misma se adecue a la ley, mientras que la licitud cuida que aquella prueba obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental no pueda acceder al proceso<sup>85</sup>. Este requisito es probablemente uno de los más cuidados, pues no solo afecta a la prueba objeto de cuestión, sino que puede significar la infracción de un proceso con todas las garantías que asegure la igualdad de las partes. Nuestro ordenamiento refiere una especial protección de los considerados derechos fundamentales que se manifiesta en el ámbito probatorio en estos términos.

En lo que refiere a los límites extrínsecos los entendemos como los requisitos de legitimación y temporalidad. Se trata de requisitos genéricos que versan sobre la condición legitimadora de ser parte para proponer prueba, así como, que la misma sea propuesta en el momento específicamente regulado o jurídicamente conocido como *momento procesal oportuno*. También se consideran extrínsecos aquellos requisitos

---

<sup>84</sup> PUIG FAURA, S., “La prueba electrónica: sus implicaciones en la seguridad de la empresa”, Tesis Doctoral, Universidad Ramón Llull, 2014, p. 187.

<sup>85</sup> Vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., “La doctrina del fruto del árbol envenenado”, Noticias Jurídicas, 31 de marzo de 2015, disponible en <http://noticias.juridicas.com/>

específicos de cada medio probatorio, que tendremos ocasión de analizar, pero focalizándonos en las novedades aportadas por la aparición de la prueba digital exclusivamente, dada la limitada extensión que debe presentar este trabajo.

### **3. APORTACIÓN AL PROCESO DE LA PRUEBA DIGITAL. VALIDEZ Y EFICACIA**

La nueva era procesal digital que gira en torno al EJE en la jurisdicción social, ha significado la instauración del principio de “*digitalización total*” a través del artículo 38 de la Ley 18/2011<sup>86</sup>. Con la única excepción de que dadas las “singulares características del documento”<sup>87</sup> su aportación en tal formato no sea posible, para lo que se prevé que su aportación se lleve a cabo mediante depósito en la oficina judicial, y posteriormente se deje constancia en el EJE.

Teniendo siempre presente los caracteres de oralidad y concentración que rigen en el proceso laboral, resulta ciertamente contradictorio que se hable de una aportación en formato digital, entendemos previa al acto del juicio, cuando es capital en esta jurisdicción, para que guarde su naturaleza, que la aportación natural al proceso del medio probatorio sea el acto de juicio. Sin embargo, la LRJS prevé la aportación de la prueba anticipada en su artículo 78, circunstancia en la que la aportación digital está más que justificada. Es decir, tal y como apunta Torró Enguix, “*Todo lo anterior lleva a la conclusión de la extraordinaria dificultad que plantea la práctica de la prueba documental digitalizada en el proceso social. Ya que incluso para su proposición previamente deberá haber sido integrada en el expediente judicial electrónico, lo que es incompatible con la propia dinámica del juicio oral, salvo que se contemple el impacto temporal que ello conllevaría en el desarrollo ordinario de la actividad de los tribunales, así como el impacto tecnológico (incluso de personal cualificado) que es preciso.*”<sup>88</sup>

Siguiendo a De Lamo Rubio, la actualidad de los juzgados y tribunales sociales españoles en relación a la aportación de la prueba “*pasan por permitir a las partes que aporten las documentales en formato papel, y así sean trasladadas al resto de partes y*

---

<sup>86</sup> Vid. Artículo 38 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la Administración de justicia.

<sup>87</sup> Vid. Artículo 38.2 d) de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la Administración de justicia.

<sup>88</sup> TORRÓ ENGUIX, J., “Aspectos críticos del proceso laboral y el expediente judicial electrónico” dentro de Revista Derecho Social y Empresa, Implicaciones procesales de las reformas del mercado de trabajo, núm. 9, 2018.

*admitidas dichas pruebas; y, una vez celebrado el juicio, los funcionarios correspondientes las escanean e incorporan al EJE*”<sup>89</sup> lo que deja entrever la necesidad de actualización normativa en este sentido, para lograr una armonización con respecto a las novedades incluidas en la LEC<sup>90</sup>. La controversia en relación a la conversión del formato de la prueba está servida, y debe avanzarse aún en este ámbito.

Es innegable, que existe como hemos observado ciertas carencias en la regulación de esta materia, sobre todo en relación con la aportación de los medios digitales concretos, como veremos a continuación. Sin embargo, dado el sensacionalismo que provoca el uso de las nuevas tecnologías en casi cualquier medio, es probable que tal situación se vea en ocasiones amplificadas, cuando la problemática no es ni de lejos lo que se quiere dar a entender.

Hay que partir de la realidad judicial sentada hasta la fecha, y es que *“no toda aportación de información contenida en soporte electrónico constituirá prueba digital strictu sensu”*<sup>91</sup>. Será imprescindible entonces el análisis de la validez y eficacia que nuestro ordenamiento jurídico le otorga a cada medio probatorio digital, lo que -ya adelantamos- depende en su mayor parte, del valor y eficacia que se le otorga al documento que recoge la prueba o evidencia digital. Siguiendo entonces, el ya citado artículo 90 de la LRJS, las evidencias digitales podrán ser aportadas al proceso como un documento privado, mediante un documento público o a través de los ya referidos informes periciales.

¿Que ocurre con los tan revolucionarios *“pantallazos”*? Se trata de aquellos documentos extraídos directamente por la parte a través de su impresión directa del dispositivo electrónico. Estamos, por tanto, ante un documento privado que debe generar dudas sobre su veracidad al juzgador, y decimos debe con absoluta consciencia porque como tendremos ocasión de analizar es considerablemente sencilla su manipulación. Es por ello, que tienen cierto valor probatorio, pero siempre mediante su observación en consonancia al resto de pruebas practicadas en el juicio. En lo que refiere a la jurisprudencia con respecto a la validez y eficacia probatoria de estos documentos no

---

<sup>89</sup> Íbidem

<sup>90</sup> Vid. Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>91</sup> ROJAS ROSCO, R., “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los “pantallazos?” dentro de OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S., “La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal”, Juristas con futuro, 2016, p. 90 y ss.

localizamos un criterio uniforme, que anule de manera rotunda su validez, pero existe cierta controversia entre sí como decimos el mismo será observado en conjunto con el resto de prueba practicada<sup>92</sup> o si cabe su denegación como documento en sí mismo atendiendo a las circunstancias de cada caso<sup>93</sup>, podríamos decir que sobre la validez de los documentos privados se mantiene un criterio adaptativo atendiendo siempre a las peculiaridades de cada pleito.

En el proceso laboral cobra una especial relevancia la figura de la impugnación de documentos, y todo ello se debe a que la no impugnación puede ser tomada por el juzgador como un reconocimiento expreso, lo que supone que al mismo se le considere prueba de pleno valor, cabiendo siempre prueba en contrario.

En cambio, los documentos públicos con carácter general no son susceptibles de impugnación, pues se entiende que están investidos de fe pública. El modo en que a un correo electrónico o cualquier otro tipo de prueba digital, se le atribuye tal carácter público es a través de un acta notarial, en la cual el Notario constatará la existencia de la evidencia y le otorgará fe pública, y por ende, la validez y eficacia correspondientes.<sup>94</sup>

Por último, nos encontramos con la ya referida prueba pericial, en este medio probatorio la influencia tecnológica ha dado como fruto grandes avances en lo que a pericia informática se refiere, su relevancia se extrae del mero hecho de que la aportación al proceso de pruebas electrónicas como principales pueda precisar una pericial informática para el simple hecho de otorgarle la exactitud y credibilidad debidas a la misma. De hecho, los tipos de periciales informáticas más solicitadas son verificación de correos electrónicos, análisis del contenido de dispositivos electrónicos y manipulación de archivos tal y como refiere el Juez Fernando Pinto Palacios.<sup>95</sup> En ella nos encontramos con las copias forenses exactas del mensaje objeto de prueba, y el informe pericial que recoge los resultados obtenidos de su análisis por el perito. Este informe acredita la originalidad, autenticidad e integridad del contenido digital presentado como medio

---

<sup>92</sup> Vid. STSJ de Madrid, Sala de los Social, de 10 de junio de 2015.

<sup>93</sup> Vid. STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 28 de enero de 2016.

<sup>94</sup> Como decíamos la no susceptibilidad de impugnación de los documentos públicos, hay que observarla con matices, pues se quiere hacer referencia la fe pública de la que va a investida ese documento, sin embargo, si es impugnable la autenticidad de la firma electrónica del contenido (vid. Art. 3.8 Ley 59/2003), así como, el contenido del documento, que requerirá la aportación del original con los requisitos del artículo 263 LEC.

<sup>95</sup> PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P., “La prueba en la era digital”, Wolters Kluwer, 2017, p. 75.

probatorio. Si bien es cierto, que no posee un carácter tan relevante en el proceso laboral como en otras de las jurisdicciones, es necesario analizar la forma en la que se exhibe esta prueba en el proceso judicial. De este modo, la práctica pericial comienza con una rigurosa investigación o análisis para identificar la prueba digital, con posterioridad se realizará la labor destinada a recopilar o adquirir los datos informáticos relevantes para el pleito –lo cual se recomienda realizar en presencia de fedatario público o, al menos, algún testigo–, para terminar con un análisis forense de la información digital obtenida, el perito desarrollará todas estas fases tomando como referencia la Norma ISO/IEC 27037:2012 Guía para la identificación, recolección, adquisición y preservación de evidencia digital. Una vez analizado el contenido de las evidencias digitales, realizará una labor de presentación de las mismas de manera objetiva, precisa y ordenada que recogerá en el denominado informe pericial, que será aportado como prueba documental al pleito en cuestión, pudiendo solicitarse la asistencia del perito al juicio, debiendo responder el mismo a las preguntas realizadas por las partes y el juez, en lo relativo al dictamen desarrollado.<sup>96</sup>

Resulta interesante el análisis en este caso de la STSJ de Galicia de 28 de enero de 2016 que sienta el criterio seguido en relación a la aportación de pruebas desde aplicaciones de mensajería instantánea, concretamente WhatsApp cuando mantiene que para *“considerar una conversación de WhatsApp como documento –a los fines del proceso laboral–, sería preciso que se hubiese aportado no sólo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente, <<pantallazo>> –que es lo único que cumple el actor–, sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que ésta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Esto podría haber conseguido a través de la aportación del propio móvil del Sr. Abel y solicitando que, dando fe pública, el LAJ [actual Letrado de la Administración de Justicia] levante acta de su contenido, con transcripción de los mensajes recibidos en el terminal y de que éste se corresponde con el teléfono y con el número correspondiente; o, incluso, mediante la aportación de un acta notarial sobre los mismo extremos”*.

---

<sup>96</sup> Vid. PINTO PALACIO, J. y PUJOS CAPILLA, P., “La prueba en la era digital. Capítulo II. La pericial Informática”, Wolters Kluwer, 2017, p. 81-90.

De este modo, la citada sentencia vino a establecer que “*Apurando nuestras consideraciones sobre la prueba de mensajería instantánea y con fines esclarecedores, para que aceptemos como documento una conversación o mensaje de este tipo (algo diferente a su valor probatorio) podríamos establecer cuatro supuestos: (a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; (b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; (c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); o, finalmente, (d) cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores*”.

En consecuencia, la posible manipulación de la prueba electrónica provoca la necesidad de acreditar su autenticidad eligiendo la fórmula de presentación correcta en cada caso. Y cuando hablamos de manipulación, no hablamos de la misma como un abuso poco probable o asociado a un colectivo con elevados conocimientos técnicos, hablamos de que la manipulación de los documentos electrónicos está al alcance de cualquier persona que haya vivido activamente en la sociedad actual, y no solo el contenido aparente, sino los llamados “*metadatos*”, que son aquellos que se mantienen “*ocultos*” y se refiere, en el caso de una fotografía digital al lugar, la hora o el terminal con el que fue tomada dicha imagen. Sobre el “*analfabetismo digital*”<sup>97</sup> en relación a lo anterior nos ilustra Perales Cañete cuando sin tener apenas conocimientos en materia informática, puede modificar los metadatos de una fotografía a su antojo, y si quisiera, valerse de los mismos como prueba en un juicio. Sin embargo, en este mismo ensayo hace un llamamiento a la tranquilidad cuando mantiene que, por supuesto existen formas de acreditar la autenticidad de un documento, pero las mismas pasan por la encriptación del archivo o a la firma digital del mismo.

Por otro lado, centrándonos ahora en lo que se refiere a la aportación de las grabaciones de imágenes o sonidos al proceso, las mismas se aportarán con la demanda

---

<sup>97</sup> “*Un informático o simplemente un nativo digital o una persona que no sea analfabeta digital entendería rápidamente el “fake” anterior –refiriéndose a un documento alterado-, una persona educada y criada entre papeles lo miraría “como si fuese un papel de toda la vida” y conforme a lo que para él representa “Un Papel” (en sentido genérico) quedaría atónito, y no hay que extrañarse, ya que las expresiones populares “Hablen papeles, callen bocas” o “Callen barbas y hablen cartas” tienen su peso entre los descendientes de Gutenberg, no entre los nativos digitales.*” PERALES CAÑETE, R., “Exitfool: ¿Los metadatos sirven de algo?” dentro de OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S., “La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal”, Juristas con futuro, 2016, p. 115.

o en la propia vista en un soporte reproducible (CD-ROM, disco extraíble...) y siempre deberán ir acompañadas de una transcripción completa en formato documental (art. 382 LEC). Además, deberá visionarse la filmación o escucharse la grabación<sup>98</sup>, a o ser que otra prueba, por ejemplo, unas fotografías sean suficientemente acreditadoras del contenido de la grabación<sup>99</sup>. Sin embargo, la STSJ de Cataluña, 228/10 de 18 de marzo, denegó la nulidad de actuaciones pese a no haberse reproducido la grabación, porque el demandante no efectuó la protesta correspondiente.

Tomando la técnica de su aportación como punto de partida, es necesario observar siempre que se quiera uno valer de este tipo de medios de pruebas en el pleito el respeto a los derechos fundamentales tales como el honor, la intimidad o el secreto de las comunicaciones, pues se trata de la pieza clave para que la justicia le otorgue la validez pretendida. Como ya adelantamos en la parte II del presente trabajo, en el caso de una grabación de sonido el criterio actual entiende que no se vulnera ninguno de estos derechos siempre que quién realizó la grabación, y por ende, quién se vale de ella en el juicio sea un interlocutor de tal conversación y la misma verse sobre intereses meramente laborales y, en ningún caso, sobre la vida privada de ninguna de las partes, ejemplo de esta validez como medio probatorio es la STS 678/2014 de 20 de noviembre, que se pronunció sobre una grabación por una trabajadora de la conversación mantuvo con el empleador en un contexto de conflicto laboral.

En lo que se refiere, a las grabaciones de imágenes, la jurisprudencia al respecto ha estado cambiando de criterio en los últimos años, pero siempre admitiendo la validez y eficacia de las mismas en el juicio, pero sometiendo su obtención a requisitos más o menos estrictos. Ya hemos podido comprobar a lo largo del documento que el empresario tiene reconocida su facultad de control en el artículo 20 del ET, y que la misma se puede ver materializada en la instalación de videocámaras en el lugar de trabajo, pero para que las imágenes que se obtengan tengan el efecto pretendido llegados a un pleito, se han de preservar distintas cautelas. De este modo, el empleado debe estar informado de la presencia de videocámaras de forma precisa, conociendo incluso su lugar de ubicación, que su instalación debe responder al tripe criterio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad y que el empresario tiene la obligación de consignar un fichero

---

<sup>98</sup> Vid. STSJ de Galicia de 18 de octubre de 2004.

<sup>99</sup> Vid. STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2008.



específico y registrado para tal contenido audiovisual. Sin embargo, no se va a exigir que el empleado conozca el fin específico de tal medio, y con esto nos queremos referir a que no existe obligación de informar sobre su posible utilización como prueba en juicio, pues la sola implantación como medio de control basado en una desconfianza hacia la actuación de uno o varios trabajadores ya lleva implícita tal posibilidad, es decir, no es requisito la autorización expresa de su uso para fines disciplinarios, tal y como acredita la STS de 2 de febrero de 2017. Todo ello ha sido recogido en, la recién entrada en vigor, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales<sup>100</sup> que ha venido a legislar expresamente lo mantenido por la jurisprudencia en esta materia, dotando de esta manera de mayor garantía a las actuaciones que deben tenerse en cuenta a la hora de ejercitar la función de control reconocida en el artículo 20 del ET.<sup>101</sup>

En lo referido a la videograbación la sentencia del TEDH de 9 de enero de 2018<sup>102</sup> ha sentado doctrina sobre un caso relativo al despido de ciertos trabajadores los cuales estaban debidamente informados del uso de cámaras en el lugar de trabajo, cuando, sin embargo, desconocían la existencia de otras cámaras ocultas, el TEDH ha mantenido que la información debía recoger ambos tipos de cámaras para que las mismas pudieran gozar de plena validez y eficacia en el pleito, es decir, se observó por parte del TEDH el incumplimiento del requisito del artículo 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) que eleva el requisito de mera información de la existencia de videocámaras cuando mantiene que los empleados tienen derecho a estar informados de “*modo expreso, preciso e inequívoco*”. Esto supone que la no observancia de estos requisitos convierte a la prueba en ilícita por vulneración de derechos fundamentales con el consecuente efecto en la calificación del despido por el juzgador.

Todo lo anterior está estrictamente relacionado con el ya referido caso *Barbulescu* resuelto el 5 de septiembre de 2017 por el TEDH, la doctrina que esta resolución a sentado se ha extendido no solo al control del correo electrónico de los trabajadores que era el

---

<sup>100</sup> Vid. Artículo 89 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

<sup>101</sup> Vid. SÁNCHEZ GUARIDO, A., “El impacto de la nueva LOPD en el ámbito laboral: nuevos derechos digitales”, *El País*, Cinco Días, Legal Wolters Kluwer, 15 de enero de 2019, disponible en: <https://cincodias.elpais.com/>

<sup>102</sup> BERLANGA DE LA PASCUA, C., “Los límites de la videovigilancia laboral”, *El Derecho*, Tribuna, 25 de septiembre de 2018, disponible en: <https://elderecho.com/>

punto central del caso en cuestión, sino que ha tenido repercusión en la esfera del control empresarial al trabajador en todas sus facetas. Prueba de ello es la sentencia alegada en el párrafo anterior, así como, la sentencia del TS de 8 de febrero de 2018 que armoniza el criterio del TEDH cuando considera indispensable para valorar la licitud de la prueba obtenida mediante intervención de las comunicaciones del trabajador aquella, observar factores tales como el grado de intromisión del empresario, la concurrencia de legítima razón empresarial, la apreciación de medios menos intrusivos, el destino dado a los materiales obtenidos y la observancia de las garantías laborales del trabajador.

Además, existen otros caracteres, quizás objeto de menos controversia jurídica, que pueden afectar a la eficacia de la prueba como son la veracidad de las imágenes que normalmente queda acreditada a través del empleo de una marca de agua, el respeto de cadena de custodia que asegure que se garantiza su integridad y que almacenen la correcta fecha en la que se obtuvieron, así como, la calidad de tales imágenes, pues tal y como mantuvo la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León en 2008 sobre el caso del atraco en Deutsche Bank, *“la falta de nitidez de la grabación y el uso de elementos postizos por los autores del robo imposibilitan la constatación plena de la identidad fisionómica”*, en otros casos la grabación no acredita los hechos imputados<sup>103</sup>, o los mismos son irrelevantes al objeto del pleito<sup>104</sup> lo que supondrá la no valoración de la grabación por parte del juez.

Por último, tanto el interrogatorio de partes como el de testigos medios, reciben idéntica consideración, debido a su parecido formal, con respecto a la transformación que la tecnología ha ejercido sobre ellos, siendo el único rasgo destacable el hecho de que en la actualidad los mismos pueden ser realizados a distancia, sin estar la persona objeto de los mismos en la misma sala de juicio, y ello gracias a la posibilidad de realizarlo mediante las denominadas videoconferencias.

Con todo lo anterior, podemos concluir que de la prueba digital se desprende un límite más a los mencionados anteriormente –pertenencia, utilidad y legalidad–, la autenticidad. Y es este requisito, junto con la veracidad o la fiabilidad el que debe ser satisfecho para que a la prueba digital se le otorgue la validez y eficacia pretendidas.

---

<sup>103</sup> Vid. STSJ de País Vasco de 26 de enero de 2010.

<sup>104</sup> Vid. STSJ de Extremadura de 1 de diciembre de 2009.

Como síntesis final, podríamos considerar que para que, un elemento probatorio digital sea considerado procesalmente admisible deberá responder a los siguientes requisitos:

*1.- Respeto a los límites clásicos del derecho probatorio.* La prueba digital ha de ser útil y pertinente, estar ajustada al régimen legal aplicable y haber respetado los derechos fundamentales en su obtención. Las nuevas tecnologías están estrechamente ligadas al derecho a la intimidad, pues en múltiples ocasiones han sido consideradas como motivo de su vulneración. Es por ello, que la conocida Teoría del fruto del árbol envenado debe tenerse en cuenta siempre que hablemos del uso de medios de prueba electrónica. Su relevancia se observa a la perfección en el caso de despido que resolvió el TC en su sentencia, de 7 de octubre de 2013, donde el trabajador hizo uso de su cuenta de correo electrónico corporativo filtrando a terceros datos empresariales reservados sin autorización. Cuando desde la entidad acceden al monitor desde el cual trabajaba observan tal revelación y proceden a su despido. La controversia de este pleito consistió en la calificación de la intervención por parte de la empresa del ordenador del trabajador como legítima o ilegítima. El TC considero que la intromisión no era ilegítima pues el Convenio Colectivo de aplicación recogía como falta grave el uso del correo electrónico para fines diferentes a los laborales, y por ende, el trabajador debía prever la posible fiscalización de su correo electrónico. Sin embargo, en el caso de observarse la ilicitud del medio de prueba, el resultado hubiera sido la nulidad del mismo, y por ende, su no consideración en el pleito, lo que en términos de defensa puede significar que tratándose de un medio probatorio único o de gran valor, el resultado del pleito pueda ser radicalmente distinto.

*2.- Guardar las cautelas necesarias para asegurar su veracidad.* A través del uso de la firma electrónica o mecanismos informáticos como la encriptación de los archivos, se le otorga al documento electrónico un *plus* de certeza. Como ya se ha explicado a lo largo del presente trabajo la firma electrónica del documento ha sido considerada por los tribunales como una garantía extra sobre la fiabilidad del medio de prueba. Así, lo pone de manifiesto el Auto de la Sala de lo Civil del TS de 21 de marzo de 2013, que mantuvo que, al valerse en pleito de un medio de prueba, en este caso un email, firmado a través de un certificado digital reconocido, y no existiendo impugnación del mismo<sup>105</sup> por la

---

<sup>105</sup> Artículo 3, Ley 59/2003: “8. *El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento*

parte receptora del email, al mismo debe otorgársele pleno valor. De ninguna manera, este auto modifica la consideración de tal correo electrónico como documento privado con las consecuencias que ello conlleva, es decir, no le está atribuyendo el valor que tendría el mismo documento si hubiera sido intervenido por un funcionario o fedatario público. Es decir, la intervención de un prestador de servicios de certificación no altera la naturaleza del documento, ni puede reemplazar la función del notariado<sup>106</sup>, sin embargo, la no impugnación y la existencia de una firma digital sobre tal medio probatorio racionalmente ha de significar un refuerzo del valor probatorio del mismo. Lo mismo ocurre con respecto a la marca de agua de una videograbación, o el visado a través del colegio correspondiente de un informe pericial, se trata de preservar la integridad y veracidad de los medios de prueba que puedan ser útiles ante la sospecha de un posible pleito al respecto.

3.- *La elección del medio de aportación idóneo.* Se trata de un punto de inflexión en la estrategia seguida con vistas a la posible confrontación judicial, al recabar los hechos y pruebas de las que valerse en juicio, se debe analizar el valor probatorio que se pretende obtener de las mismas, lo que pasa por observar la globalidad de las pruebas de que se dispone, y valorar a cuales interesa incorporar métodos que les otorguen un *plus* de veracidad y a cuales por la dimensión del pleito o por poder ser valoradas con el resto de pruebas no es necesario dotarlas de ese carácter autónomo como medio probatorio.

---

*electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica.”*

<sup>106</sup> Vid. STS, de 25 de mayo de 2010.

## IV. CONCLUSIONES

---

Partiendo de la nueva realidad sociocultural en la que se desarrolla el presente trabajo, y vistas las circunstancias existentes alrededor del ámbito laboral, y su vertiente procesal, parece adecuado reflexionar sobre varios aspectos.

### **PRIMERA.- SOBRE LA REGULACIÓN EN LA NORMA PROCESAL LABORAL**

En primer lugar, se ha podido comprobar a lo largo de este trabajo la escasa atención que la legislación del proceso laboral dedica a los medios de prueba digitales, que pasa por remitirse en casi todo momento a la LEC. Sin embargo, si es observable un considerable desarrollo de esta materia por parte de doctrina y jurisprudencia, que nos ha permitido recopilar los medios de prueba digitales que poseen una amplia y habitual presencia en la vida diaria de los tribunales españoles, y conocer las peculiaridades que el carácter digital de los mismos conforma en lo referido a su introducción en el proceso.

El inabarcable desarrollo que las nuevas tecnologías presentan actualmente se traduce, en lo que respecta al presente documento, en un cambio de paradigma en lo que al derecho probatorio se refiere. Por supuesto, no se quiere hacer pensar al lector que el papel ya es “*agua pasada*”, pues la realidad es que romper con la seguridad que da la posesión material de una prueba es de las tareas más difíciles que acontecen en la Administración de Justicia; pero es latente la ruptura de tal apego, pues cada vez son más los documentos –de gran relevancia procesal- que se firman electrónicamente, incluso sin llegar a materializarse mediante su impresión en momento alguno. Además, cada día surgen nuevos métodos digitales<sup>107</sup> para aseverar hechos surgidos en las relaciones laborales; la velocidad a la que surgen estas novedades tecnológicas con influencia en el derecho probatorio es vertiginosa, y es sabido que el derecho suele ser prudente en su evolución y en múltiples ocasiones no consigue mutar a la velocidad que lo hace la realidad tecnológica. En esta cuestión no podemos considerar la legislación existente al momento actual como un ‘árbol vivo’ que permita una interpretación de los preceptos del derecho probatorio tradicional amoldada a los nuevos medios de prueba digitales. Como ya hemos referido en múltiples ocasiones a lo largo de este trabajo, la potencia probatoria

---

<sup>107</sup> RODRIGO, B., “Una pulsera de Amazon controla empleados ‘vagos’. ¿Puede usarla tu jefe en España?, El Confidencial, 8 de febrero de 2018, disponible en: <https://www.elconfidencial.com/>

y la influencia irrefutable de estas novedades tecnológicas hace imprescindible un estatuto jurídico propio en el proceso laboral, pues hasta la fecha solo encontramos, como decíamos, constantes referencias a la LEC, pese a las sensibles diferencias que separan el derecho procesal en cada una de las jurisdicciones.

## **SEGUNDA.- SOBRE LAS VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA DIGITALIZACIÓN**

La digitalización en este ámbito –como en tantos otros- lleva implícita ventajas e inconvenientes que se deben tener presentes para obtener de la novedad el beneficio pretendido. En lo que refiere al procedimiento laboral GIMENEZ LAHOZ<sup>108</sup> ilustra, en mi opinión acertadamente, lo que la digitalización ha aportado, y es que *“se puede afirmar sin temor a equivocarnos, que la digitalización puede llegar a ser una mejora en la “labor de tramitar”, pero no en la “labor de juzgar”. Así como en la “labor de tramitar” se pueden ver bondades en la digitalización del expediente, como puede ser el ahorro de espacio físico o la remisión de documentación a las partes de forma más rápida..., no hay ni una sola valoración que afirme que la digitalización del expediente mejora la “labor de juzgar”.*

Sin embargo, hablando de su influencia en el acto de juicio como tal, si encontramos ‘bondades’ de la digitalización del derecho probatorio, pues se ha traducido como hemos observado en lo que podríamos considerar la *“apertura de un nuevo horizonte probatorio”* compuesto de novedosa técnica y medios probatorios a los que se ha hecho referencia anteriormente. Además, esta nueva realidad tecnológica ha permitido obtener *“información exacta, completa, clara, precisa, veraz, objetiva, novedosa y neutra”*<sup>109</sup> y convertirla en una prueba sólida que permite acreditar determinadas circunstancias que no podían ser recogidas en la prueba judicial *tradicional*. La obtención y conservación de la misma se ha facilitado y agilizado, lo que tiene un valor cuantificable para la Administración de Justicia, en general.

Estamos ante una realidad controvertida, porque la prueba electrónica también presenta inconvenientes; cuyo germen es precisamente la escasa regulación que versa

---

<sup>108</sup> GIMENO LAHOZ, R. “Cuestiones conflictivas en el proceso de seguridad social: el expediente”, 20 de febrero de 2018, p. 16, disponible en: <http://www.elaboralista.com/>

<sup>109</sup> PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P., “La prueba en la era digital”, Wolters Kluwer, 2017, p. 30.

sobre ella, que se traduce en un desconocimiento generalizado de la técnica probatoria digital y por ende, una mayor dificultad de acceso a los tribunales para este tipo de pruebas, precisamente por no cumplir con las cautelas que aseguren sus garantías –autenticidad, integridad, fiabilidad, y originalidad-, careciendo la mayor parte de la información digital que se utiliza como prueba en los procesos judiciales del rigor suficiente para ser considerados legalmente como documento digital.

### **TERCERA.- SOBRE LAS CONTROVERSIAS EN LA INCORPORACIÓN AL PROCESO**

Hay que matizar, sin embargo, que la admisibilidad de estos nuevos medios probatorios digitales no está sujeta a aquellos exorbitantes requisitos de los que se hacen eco los medios; la realidad es que los requisitos son en la mayoría de ocasiones similares: simplemente, su cumplimiento o consecución se ve dificultada por el medio en sí mismo. Así, un documento firmado convencionalmente implica una labor más sencilla en su valoración, de lo que va a significar un documento digitalmente firmado al que una ojeada no puede mostrarte la realidad absoluta del mismo, pues la firma digital plasmada en un documento implica, al menos, un procedimiento digital encubierto en tal plasmación.

Y es precisamente esta consideración la que alerta sobre que el documento electrónico no es solo lo que muestra, sino que lleva implícito otros mecanismos técnicos que deben ser observados para su correcta valoración. La novedad reside en la susceptibilidad de alteración de este tipo de prueba y, por ende, en el tratamiento que debe otorgársele a la prueba digital para asegurar su validez y eficacia.

En la actualidad podemos considerar que la prueba digital está plenamente instaurada en nuestro derecho procesal, persistiendo cierta inseguridad jurídica a este respecto. De este modo, las carencias observables en la regulación procesal laboral de la prueba electrónica –apreciables visualmente en el Practicum Social 2018<sup>110</sup>, por ejemplo, que dedica escasos 4 párrafos a su estudio– se traducen en un desconocimiento generalizado del *modus operandi* para su aportación al proceso judicial, e incluso, pone en ocasiones en un compromiso a la LRJS que no prevé determinadas situaciones con respecto a la prueba electrónica.

---

<sup>110</sup> MERCADER UGINA, J. R. y otros editores, “Practicum Social 2018”, ICAM, Thomson Reuters, 2018, p. 1819.

## **A. ANTICIPACIÓN DE LA PRUEBA**

El primer punto controvertido lo encontramos respecto a la posible anticipación de la prueba, que en la jurisdicción social es completamente subsidiaria, y como hemos observado siempre ligada al especial volumen, relevancia o complejidad de la misma. Sin embargo, con respecto a la posible anticipación de la prueba electrónica existen ciertos problemas prácticos, comenzando por si la propia naturaleza electrónica de una prueba implica la especial complejidad de esta, lo que supondría romper tajantemente con los principios inspiradores del proceso laboral.

Así, la STS de 16 de diciembre de 2015 se pronunció sobre si al acordar el tribunal correspondiente la anticipación de la prueba, y *“advertir que no se admitirá la práctica en el acto del juicio de ningún documento, salvo para acreditar hechos de nueva noticia o cuando se acredite que dichos documentos se han conocido con posterioridad a la recepción de la presente resolución”*, y sin embargo, existir una aportación extemporánea por una de las partes, era aplicable la preclusión del trámite. Pues bien, el TS siguiendo el criterio precedente mantuvo: *“La argumentación que nuevamente utilizamos corresponde a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala en 09/12/14 [rco 222/13 ], resolviendo igualmente recurso de casación [... ]”* y , es la inexistencia de preclusión –previa al juicio- para aportar la prueba. La medida dispuesta por el artículo 82.4 LRJS, por tanto, no va acompañada de expresa posible consecuencia, y mucho menos de previsión preclusoria alguna, y la denegación de la práctica de la prueba vulnera la tutela judicial efectiva, pudiendo incidir en la resolución del proceso.

## **B. AUTONOMÍA DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA**

Otro aspecto controvertido que debemos traer a colación en estas conclusiones es relativo, a la consideración de la prueba electrónica como medio de prueba autónomo diferenciado de la prueba documental, y curiosamente la negatividad que en ciertos aspectos va a verter esta circunstancia sobre su efectividad en lo que a la revisión de hechos probados se refiere. La STS de 16 de junio de 2011, que aún redactada en términos de la derogada LPL ilustra a la perfección esta problemática cuando mantiene que *“el recurso formulado ha de ser rechazado ya que se considera que la grabación de audio y vídeo no tiene naturaleza de prueba documental, a efectos de fundar una revisión de hechos probados, al amparo del artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral. [...]*



*No empecen las anteriores consideraciones la interpretación jurisprudencial existente -parcialmente transcrita en el fundamento derecho tercero de esta resolución- que consideraba que tales instrumentos tenían el valor de prueba documental, pues en la época en que tales sentencias se dictaron no estaba aún en vigor la Ley 1/2000 de 7 de enero que, como anteriormente se ha razonado, procede a dar un tratamiento autónomo a este medio de prueba diferenciándolo de la prueba documental. [...]Sin embargo tal entendimiento del concepto de prueba documental no resulta de aplicación al proceso laboral porque, en primer lugar, en el mismo opera como supletoria, en todo lo no expresamente previsto la LEC, en la que se establece la diferenciación entre prueba documental y prueba por instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido...”*

### **C. APORTACIÓN Y ADMISIBILIDAD**

Podemos concluir este trabajo reflexionando sobre la correcta aportación de los medios de prueba digitales. Pues más allá de la desregulación y el desconocimiento que pesa sobre esta materia, la correcta aportación de los medios de prueba digitales al proceso laboral se podría resumir en la elección de la fórmula concreta de presentación o aportación, pues será capital a la hora de acreditar con visos de seguridad y fiabilidad los hechos y/o la información que puedan estar almacenados en cualquier tipo de soporte digital, y cometer un error en esta fase de preparación de la prueba puede marcar definitivamente el éxito o fracaso en un proceso judicial.<sup>111</sup>

En otras palabras, no encontramos criterios específicos para la admisión de la prueba electrónica distintos de la pertinencia, utilidad y legalidad, pues tal y como mantiene Abel Lluch<sup>112</sup>: “*En todos los anteriores supuestos no se hace referencia a un criterio específico para la admisión de la prueba electrónica, sino que simplemente, y a la vista de una fuente de prueba -el e-mail o la página web- se resuelve el interrogante de con qué medio de prueba se accede al proceso, pues como afirmara en su día acertadamente COUTURE sería ilógico que un magistrado se viera privado de un medio de prueba por el hecho que en su momento no estuviera prevista la fuente de prueba*”. Por el contrario, nos hallamos exclusivamente ante nuevas dificultades para examinar la veracidad del documento electrónico, a diferencia de lo que ocurre con el documento

---

<sup>111</sup> Vid. STSJ de Galicia de 28 de enero de 2016

<sup>112</sup> ABEL LLUCH, X., “La prueba electrónica”, Bosch, 2011, p. 383 y ss.

escrito para el cual bastará su examen por el juez; y esto significa la necesidad de guardar ciertas cautelas con respecto a este tipo de documentos digitales, que en ningún caso deben ser consideradas exigencias legales añadidas, sino exclusivamente, factores derivados de su carácter electrónico que pueden condicionar su pertinencia y utilidad.<sup>113</sup> Así lo hemos podido observar en muchas de las sentencias enunciadas a lo largo del presente trabajo, como la anteriormente citada STSJ de Galicia de 26 de enero de 2016 en lo que se refiere a la aportación de mensajes de *WhatsApp*, la STS de 2 de febrero de 2017 en lo que se refiere al empleo de videocámaras en centros de trabajo, la STS de 20 de noviembre de 2014 sobre la validez de la grabación de una conversación entre empleado y empleador o la STSJ de Andalucía, de 8 de junio de 2017 que otorga validez como medio probatorio al contenido extraído de una red social en un ámbito de conflicto laboral. Todas ellas, nos han permitido cerciorarnos de que la realidad con respecto a la aportación de la prueba digital parte de una regulación base idéntica a la que encontramos en la prueba *tradicional*, pero dado su carácter electrónico y, por ende, oscuro, cuestionable o discutible, se requieren unas amplias cautelas que no observamos en el resto de medios probatorios con el fin de asegurar su veracidad y otorgarle de forma inequívoca la eficacia merecida en cada caso concreto. Este carácter *cuestionable* se traduce en que la misma suele ser objeto de impugnación por la otra parte, recayendo la carga de la prueba sobre quien pretendió valerse de la misma en el acto de juicio, y existiendo obligación de la parte aportante de poder autentificarlos en ese acto tal y como mantuvo la STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2008. De este modo, las fases para la incorporación al proceso de la prueba digital quedarían resumidas en tres:

1. Obtención de la información o datos. En esta fase las partes deben observar exclusivamente la protección de derechos fundamentales que pesa sobre la obtención de pruebas, es decir, obtener la información de forma lícita. Esta fase no sólo vincula a los medios de prueba digitales, sin embargo, si pueden ser considerados estos como unos de los más propensos a dicha vulneración en su obtención.

2. Incorporación de los datos al proceso. En este momento, entran en juego los mencionados requisitos tradicionales de admisibilidad: pertinencia, utilidad y legalidad. Cuando hemos hablado de inseguridad jurídica por falta de regulación en la jurisdicción laboral, es precisamente, en relación a el criterio de legalidad; pues, en la jurisdicción

---

<sup>113</sup> Ídem.

social no existe ley procesal que contengan los criterios exigidos para que la prueba digital acceda al proceso, no existe un procedimiento probatorio concreto, sino más bien una tímida aceptación de la existencia de este tipo de pruebas electrónicas y una completa remisión a la LEC.

3. Valoración de los datos incorporados. Una vez que la prueba digital aportada haya superado las dos fases anteriores, la misma desplegará plena eficacia probatoria, y entonces, el Juez o Tribunal que conozca del caso, procederá a su concreta valoración en relación a los hechos que pretenda acreditar.

Pese a no ser el objeto directo de este documento, ha sido inevitable por la estrecha vinculación que presenta con el tema la referencia al caso *Barbulescu*, pues pese a no pretender realizar un análisis de la licitud de determinados usos que pueden hacerse de los medios de prueba digitales, si que podríamos considerarla una pieza clave con respecto al derecho probatorio en materia digital, pues ha trazado la que es la doctrina que se aplicará en los próximos años con respecto a los límites que deben ser respetados al pretender valerse de un medio de prueba electrónico, como el ya referido *triple juicio* de idoneidad, necesidad y proporcionalidad o el deber de información expresa al trabajador, como decimos desarrollado por la jurisprudencia, pero de modo alguno recogido por la legislación aplicable.

Las nuevas tecnologías siguen avanzando, inundando cada espacio de la forma de vida actual. En definitiva, el derecho es posiblemente uno de los espacios más controvertidos por este avance vertiginoso de la *era digital*. Y es por ello, que no hay manera más adecuada de servir a la seguridad jurídica que merece esta materia que apostar por su regulación. Pues, pese a existir como hemos visto la aplicación subsidiaria de la LEC, resultaría más eficaz un estatuto propio de la jurisdicción; pues existen ciertas diferencias -principalmente en lo que se refiere a la celebración del acto de juicio y por ende, con respecto al momento de la aportación-, que provocan en ciertas circunstancias un vacío legal (como hemos observado en lo referente a la aportación anticipada de la prueba). Son múltiples las facetas sobre las que influye esta carencia, que van desde la desprotección del trabajador al entorpecimiento de la Administración de Justicia. Tal regulación servirá, además, a abogados, jueces y demás trabajadores del mundo jurídico y, probablemente les permitirá realizar una labor más fluida, precisa y ajustada a la legalidad. De hecho, ya son varios los despachos laborales que han solicitado a la Justicia

claridad sobre las controversias digitales que les afectan: la última de ellas<sup>114</sup> en relación a si las aplicaciones de los móviles bastan para declarar la relación laboral, cuestión sobre la que existe, hasta el momento, jurisprudencia escasa y contradictoria y que es ejemplificadora de la inseguridad jurídica, que produce la carencia de regulación sobre las facetas tecnológicas que afectan a la jurisdicción social.

Por supuesto con la afirmación de la necesidad de regulación legal en modo alguno se pretende desposeer ni limitar al juzgador de su facultad de admisibilidad y valoración sobre la actividad probatoria. En ningún caso la existencia de una regulación concreta relativa a la aportación de esta prueba electrónica al proceso laboral puede funcionar como requisito bastante para suponer que con su mero respeto la prueba vaya a tener acceso al proceso, pues como decimos, al igual que con respecto a la prueba tradicional, será el juez quien, en última instancia, posea el poder de decisión. Sin embargo, se busca precisamente todo lo contrario: dotar de cierto acomodo y rigor legales a la práctica de este tipo de pruebas, y todo ello con el fin de facilitar a todos los operantes del ámbito jurídico aquello relativo a la fase probatoria.

---

<sup>114</sup> Vid. I.F., “Los laboristas piden a la Justicia claridad sobre las plataformas digitales”, *El Economista*, 13 de diciembre de 2018, disponible en My News, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2018, disponible en: <http://mynmedia.mynews>.

## V. BIBLIOGRAFÍA

---

1. **ABEL LLUCH, X.**, “La prueba electrónica”, Bosch, 2011.
2. **BERLANGA DE LA PASCUA, C.**, “Los límites de la videovigilancia laboral”, El Derecho, Tribuna, 25 de septiembre de 2018, disponible en: <https://elderecho.com/>
3. **DEVIS ECHANDÍA, H.**, “Teoría general de la prueba judicial”, Tomo I, Temis, 2002.
4. **DELGADO MARTÍN, J.**, “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”, Diario La Ley, N°6, Sección Ciberderecho, Wolters Kluwer 11 de abril de 2017.
5. **DURÁN LÓPEZ, F.**, “El uso de las TIC en el trabajo, ¿protección o hipergarantía?”, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Sección Economía, 28 de septiembre de 2018, disponible en: <http://mynmedia.mynews.es/>
6. **GARATE CASTRO, J.**, “Sobre la utilización en el proceso laboral como medio de prueba, de la reproducción de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso a aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías.” Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González, 2004.
7. **GARCÍA ESTÉVEZ, N.**, “Redes Sociales en Internet. Implicaciones y consecuencias de las plataformas 2.0 en la sociedad”, Editorial Universitas, 2012.
8. **GIL PLANA, J.**, “La prueba en el proceso laboral. Disposiciones generales.”, Thomson Aranzadi, 2005.
9. **GIMENO LAHOZ, R.** “Ponencia: Cuestiones conflictivas en el proceso de seguridad social: el expediente”, 20 de febrero de 2018, disponible en: <http://www.elaboralista.com/>
10. **GÚTIEZ SAINZ-PARDO, A.**, “¿Supone la utilización de cámaras de videovigilancia una vulneración del derecho fundamental a la intimidad del trabajador?”, Legal Today, 15 de febrero de 2018, disponible en: <http://www.legaltoday.com/>

11. **ILLAN FERNANDEZ, J.M.**, “La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil”, Aranzadi, 2009.
12. **LLUCH CORELL, F.J.**, “Derecho a la intimidad del trabajador versus control empresarial: una jurisprudencia inestable”, El Derecho, Revista de Jurisprudencia, Sección Tribuna, 1 de diciembre de 2014, disponible en: <https://elderecho.com/>
13. **MERCADER UGINA, J.**, “Lecciones de derecho del trabajo”, 11ª Edición, Tirant Lo Blanch, 2018.
14. **MERCADER UGINA, J. R. y otros editores**, “Prácticum Social 2018”, ICAM, Thomson Reuters, 2018
15. **NOTICIAS JURÍDICAS**, “El TC aclara su doctrina en relación con el uso de cámaras de videovigilancia en la empresa”, Jurisprudencia, 17 de marzo de 2016, disponible en <https://noticias.juridicas.com/>
16. **OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S.**, “La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal”, Juristas con futuro, 2016.
17. **PEREZ PALACÍ, J.E.**, “La prueba electrónica: Consideraciones”, 2014.
18. **PICÓ I JUNOY, J., y ABEL LLUCH, X.**, “Problemas actuales de la prueba civil”, J.M. BOSCH, Barcelona, 2005.
19. **PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P.**, “La prueba en la era digital”, Wolters Kluwer, 2017.
20. **PUIG FAURA, S.**, “La prueba electrónica: sus implicaciones en la seguridad de la empresa”, Tesis Doctoral, Universitat Ramon Llull, 2014.
21. **RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.**, “Derecho y redes sociales”, Civitas, Thomson Reuters, 2014.
22. **REDONDO HERRANZ, M.H.**, “El documento electrónico: un enfoque archivístico”, Revista General de Información y Documentación, UCM, 2010.
23. **RODRIGO, B.**, “Una pulsera de Amazon controla empleados ‘vagos’. ¿Puede usarla tu jefe en España?”, El Confidencial, 8 de febrero de 2018, disponible en: <https://www.elconfidencial.com/>
24. **ROJO TORRECILLA, E.**, “De Barbulescu I a Barbulescu II. La Gran Sala del TEDH refuerza la protección de los trabajadores frente al control y vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral por parte empresarial. Notas a la importante sentencia de 5 de septiembre de 2017, y

- amplio recordatorio de la sentencia de la Sala Cuarta de 12 de enero de 2016”, 6 de septiembre de 2017, disponible en: [www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es)
- 25. SÁNCHEZ GUARIDO, A.**, “El impacto de la nueva LOPD en el ámbito laboral: nuevos derechos digitales”, El País, Cinco Días, Legal Wolters Kluwer, 15 de enero de 2019, disponible en: <https://cincodias.elpais.com/>
- 26. SANROQUE, D.**, “¿Qué debe esperarse de un perito?”, Noticias Jurídicas, 2009.
- 27. TORRO ENGUIX, J.**, “Aspectos críticos del proceso laboral y el expediente judicial electrónico. III. Una nueva fe pública judicial” dentro de Revista Derecho Social y Empresa, Implicaciones procesales de las reformas del mercado de trabajo, núm. 9, 2018.
- 28. VALERO TORRIJOS, J.**, “Las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia: análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio”, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012
- 29. VELA DELFA, C.**, “El correo electrónico: el nacimiento de un nuevo género”, Tesis Doctoral, Facultad de Filología, Universidad Complutense de Madrid, 2006.
- 30. VELA DELFA, C.**, “Una aproximación del correo electrónico desde una perspectiva diacrónica: evolución y asentamiento de un género discursivo”, Universidad de Valladolid, 2016

## VI. JURISPRUDENCIA

---

1. STC 114/1984, Sala 2ª de 29 de noviembre
2. STC 51/1985 de 10 de abril
3. STS de 7 de febrero de 1992
4. STS 883/1994
5. STC de 28 de julio de 1994
6. STS 178/1996
7. STS 914/1996
8. STS 702/1997
9. STS 268/1998
10. STSJ de Galicia de 18 de octubre de 2004
11. STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2008
12. STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2008
13. SAP de León de octubre de 2008
14. STSJ de Extremadura de 1 de diciembre de 2009
15. STSJ de País Vasco de 26 de enero de 2010
16. STSJ de Cataluña, 228/10 de 18 de marzo
17. STS de 25 de mayo de 2010
18. STS de 16 de junio de 2011
19. ATS, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 2013
20. STS 678/2014, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre
21. STS 176/13, de 25 de noviembre de 2014
22. STS 222/13, de 9 de diciembre de 2014
23. STSJ Madrid 817/2014, Sala de lo Social, de 10 de junio de 2015
24. STS de 16 de diciembre de 2015
25. STEDH, Sala Cuarta, de 12 de enero de 2016
26. STSJ Galicia 4577/2015, Sala de lo Social, de 28 de enero de 2016
27. STC 39/2016 de 3 de marzo
28. ATS 11200/2016, Sala de lo Social, de 8 de noviembre
29. STSJ Cataluña 609/2017, de 30 de enero
30. STS de 2 de febrero de 2017
31. STSJ Andalucía 1736/2017 de 8 de junio



32. STEDH de 5 de septiembre de 2017
33. STEDH de 9 de enero de 2018
34. STS 119/2018 de 8 de febrero
35. SJ de lo Social nº 2 de Palma de Mallorca 74/2018, de 28 de febrero
36. STSJ Madrid 414/2018, de 18 de abril