

LAS NUEVAS TECNOLOGIAS COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

CURSO 2017-2018



TRABAJO FIN DE GRADO

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURIDICAS DE ELCHE

GRADO EN DERECHO

Autora: Belén Bonmatí Sempere

Tutora: Paloma Arrabal Platero

ÍNDICE

ABREVIATURAS

INTRODUCCION.....Pág.3

EPIGRAFE 1. CONSIDERACIONES GENERALES DE LA PRUEBA.....Pág. 5

EPIGRAFE 2. PRUEBA ILICITA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

AFECTADOS.....Pág. 11

2.1 Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.....Pág.13

2.2 Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.....Pág. 14

2.3 Derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la propia imagen....Pág. 16

2.4 Derecho fundamental a la protección de datos.....Pág.17

2.5 Derecho fundamental a la autodeterminación informativa.....Pág. 18

EPIGRAFE 3. MEDIOS DE PRUEBA.....Pág. 20

3.1 Interrogatorios de las partes.....Pág. 21

3.2 Interrogatorio de testigos.....Pág. 23

3.3 Prueba Documental.....Pág. 25

3.4 Dictamen de Peritos.....Pág. 26

3.5 Reconocimiento Judicial.....Pág. 28

3.6 Reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar.....Pág. 28

EPIGRAFE 4. TIPOS DE PRUEBAS ELECTRONICAS.....Pág. 30

4.1 Correo electrónico.....Pág. 30

4.2 Grabaciones de sonidoPág. 32

4.3 Fotografía digitalPág. 34

4.4 VideograbaciónPág. 35

4.5 Redes Sociales.....Pág. 37

4.6 GPS.....Pág. 41

4.7 Mensajería instantánea.....Pág. 42

EPIGRAFE 5. CONTROL POR EL EMPRESARIO DE LOS MEDIOS INFORMATICOS.....Pág. 46

CONCLUSIONES.....Pág. 52

BIBLIOGRAFÍA.....Pág. 53



RESUMEN: El objeto del presente trabajo versa sobre el tratamiento completo y detallado de las nuevas pruebas tecnológicas, enfocando nuestro análisis al proceso laboral, y teniendo como objeto de estudio, además, las garantías que han de darse para su admisión y valor probatorio.

Se pasará a realizar un análisis exhaustivo de la licitud de la prueba desde la perspectiva de las relaciones laborales, en relación con la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador como consecuencia del control empresarial.

ABSTRACT: The main point of this academic work is the complete and detailed treatment of the new technologic evidences, focusing our analysis on the work procedure and having as object of study the guaranties needed for their approval and probative value.

This work also carries out an exhaustive analysis of the lawfulness of the evidence from the perspective of the work relationships, considering the basic rights of the employees because of the strict entrepreneurial control.

PALABRAS CLAVE: Control empresarial. Pruebas tecnológicas. Derecho Laboral. Prueba ilícita. Medios de prueba. Derechos fundamentales. Nuevas Tecnologías (TIC).

KEY WORDS: Entrepreneurial control. Technologic evidences. Labor Law. Lawful evidence. Evidence means. Basic rights.

ABREVIATURAS

Art. Artículo.

Arts. Artículos.

CE Constitución Española.

ET Estatuto de los Trabajadores.

LEC Ley 1/2000, de 7 de enero del 2000, de Enjuiciamiento Civil.

LOPJ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial.

LRJS Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 36/2011, de 11 de octubre.

SS siguientes

STC/SSTC Sentencia/s del Tribunal Constitucional.

STS/SSTS Sentencia/s del Tribunal Supremo.

STSJ/SSTSJ Sentencia/s del Tribunal Superior de Justicia.

TC Tribunal Constitucional.

TIC Tecnologías de la Información y la Comunicación.

TS Tribunal Supremo.

TSJ Tribunal Superior de Justicia.

INTRODUCCION

Nos encontramos ante una etapa marcada por la especial incidencia de las nuevas tecnologías en todos los aspectos de la sociedad, entre ellos, el Derecho. Los avances tecnológicos y, en especial, las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), están modificando con rapidez los comportamientos sociales y la forma de relacionarnos con el entorno. Nos hallamos, en la actualidad, inmersos en una auténtica revolución tecnológica, un periodo innovador que condiciona todos los aspectos de la sociedad contemporánea.

Un ejemplo se observa en la utilización de medios electrónicos para realizar cualquier trámite ante la Administración Pública, a través de un proceso telemático para ello.

Figuras como los e-mails, páginas webs, redes sociales y WhatsApp, han facilitado gratamente la comunicación y son elementos que han pasado a constituir nuevos materiales probatorios que son presentados a diario ante los juzgados y tribunales de nuestro país.

Además, esta revolución digital también ha alcanzado al mundo laboral. En efecto, la prestación laboral se desarrolla en muchas ocasiones en entornos digitales, ya sea a través del tratamiento de la información digital (software, servidores informáticos, archivos digitales, etc.) o bien a través de sistemas de comunicación citados anteriormente. Esta actividad digital genera evidencias que pueden ser utilizadas por el empresario para probar determinadas conductas infractoras en el ámbito laboral (competencia desleal, utilización de información confidencial, uso indebido o abusivo de los medios puestos a disposición del trabajador etc.).

En este panorama laboral, el empresario dispone de nuevos medios para vigilar y controlar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones. Las nuevas tecnologías permiten un control remoto de la prestación laboral a través de, por ejemplo, programas de espía que monitorizan las búsquedas en el navegador. De igual manera, los modernos sistemas de video vigilancia permiten examinar el centro de trabajo. Surgen, por tanto, numerosos interrogantes acerca de los límites de estas medidas de vigilancia del empresario dada su injerencia en el derecho a la intimidad y en el secreto de las comunicaciones del trabajador. Por tal motivo, cada vez en mayor frecuencia las empresas establecen códigos de conducta para la utilización de las herramientas informáticas, añadiendo previsiones específicas a lo establecido en los convenios colectivos, en las que se detallan las posibles sanciones disciplinarias que pueden imponerse en caso de utilización indebida de los medios y herramientas que la empresa proporciona al trabajador.

Todo ello, nos lleva a la necesidad de hacer referencia a la prueba tecnológica y a la necesidad de establecer ciertos límites al control empresarial, e igualmente ciertos límites al trabajador para la utilización de los medios informáticos proporcionados por la empresa, que serán objeto del presente trabajo.

EPIGRAFE 1: CONSIDERACIONES GENERALES DE LA PRUEBA

Prueba es, según nos enseña PRIETO-CASTRO, “la actividad que desarrollan las partes con el Tribunal, para llevar al juez a la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso”¹.

Entiéndase la prueba con la clara diferencia entre medios de prueba y fuentes de prueba, éstas últimas se consideran aquellas pruebas judiciales que exponen las razones o motivos para llevar al Juez a la certeza de los hechos, y por medios de prueba, aquellos elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez para suministrar esas razones o motivos.

La prueba se da con arreglo al principio general del Derecho procesal *da mihi factum, dabo tibi ius*², éste recoge la facultad de las partes de suministrar al Tribunal, mediante sus escritos de alegación, los hechos y el material probatorio que estimen conveniente en apoyo de sus pretensiones, y la obligación del juzgador de resolver el litigio conforme a la norma que resulte aplicable, es decir, permite demostrar la real existencia de unos hechos que se han alegado previamente.

Hechos que, de acuerdo con el principio *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata*³, han de ser el necesario e ineludible apoyo que han de tener las

¹ PRIETO-CASTRO, O., *Derecho Procesal Civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1975, pág. 132.

² Véase en:

<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtM SbF1jTAAAUNTUzMDtbLUouLM DxbIwMDC0NDaxOQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAUppjUAAAA=WKE> (última consulta el 2 de marzo de 2018).

³ Véase en:

partes para que los jueces, magistrados y tribunales puedan dictar la correspondiente sentencia a favor de su pretensión⁴.

Ahora bien, no toda prueba aportada será admitida en el proceso, exclusivamente se considerará válida aquella que cumpla con los tres principios de idoneidad, necesidad y adecuación⁵, y que afectarían en un proceso laboral de la siguiente forma:

De acuerdo con el primer principio de idoneidad, se debe observar si es susceptible y adecuada para conseguir el objetivo propuesto. Se considera que una medida de control es idónea cuando tiene por finalidad real poder controlar lo que legítimamente es posible. Siendo así, la idoneidad exige una adecuación entre la medida adoptada y la conducta a controlar, solo explicable desde el cumplimiento o no de las obligaciones contraídas por el trabajador en el marco del contrato laboral. Así, y desde la idoneidad es claro que la intensidad del control deberá ajustarse a la del incumplimiento laboral. Una medida de control, como puede ser por ejemplo, contratar a un detective, difícilmente supera el juicio de idoneidad si fiscaliza la vida privada del trabajador sin más y sin la existencia de una previa sospecha de incumplimiento por su parte. Por el contrario, esa misma medida de control, puede resultar idónea para fiscalizar desde la vía pública el incumplimiento que supone estar trabajando durante un periodo de IT. Es decir, lo que no es idóneo en una situación de normalidad laboral sí puede serlo ante fundadas sospechas de incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador. En concreto, la medida que se adopte debe pretender demostrar el incumplimiento y ser adecuada a ese fin.

<http://www.accesoalajusticia.org/glossary/iudex-iudicare-debet-iuxta-allegata-et-probata-partium/> (última consulta el 2 de marzo de 2018)

⁴ Véase en [file:///Users/usuario/Downloads/RPS_123_063%20\(2\).pdf](file:///Users/usuario/Downloads/RPS_123_063%20(2).pdf) (última consulta 2 de marzo de 2018)

⁵ FABREGAT MONFORT, G. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave”, Editorial Wolters Kuwer, nº 5, 2015, p. 1

Por lo que se refiere al principio de necesidad, éste rige en igual medida a la idoneidad y de forma similar a ésta. En efecto, también la necesidad depende de la intensidad del incumplimiento a controlar, pues en función de éste la valoración de la necesidad de la medida variará. Asimismo, se deberá comprobar si es necesaria en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución del tal propósito con igual eficacia.

En efecto, en atención a las mayores o menores sospechas de un incumplimiento laboral, así como a la intensidad del mismo, la medida será más o menos necesaria. Así, se entiende que una conducta empresarial supera el juicio de la necesidad, cuando es imprescindible para la comprobación de la presunta falta laboral cometida por el trabajador. Y cuando es la única forma de conocer con precisión si el trabajador ha cumplido o no con sus obligaciones laborales, exigiendo al empleador adoptar una medida que puede afectar a un derecho fundamental del trabajador. No obstante, la afectación puede no considerarse vulneración desde la perspectiva de la superación del juicio de necesidad de ser ciertamente imprescindible en atención a la fiscalización de la conducta del trabajador. Pero claro, por eso mismo, cuando la situación de partida es de mera normalidad laboral, difícilmente la adopción de una medida que puede afectar el derecho fundamental del trabajador supera el juicio de necesidad. Una medida de control ordinaria o normal, raramente afectará a la dignidad o la intimidad. Las que sí lo pueden hacer, por ejemplo, poner una cámara de vídeo o similares, para resultar consecuentes con los principios constitucionales deben, desde la perspectiva de la necesidad, reputarse indispensables en atención a la intensidad del posible incumplimiento del trabajador y con la pretensión de demostrar si los indicios de incumplimiento efectivamente son evidencias de un incumplimiento real.

En último lugar, desde la perspectiva de la proporcionalidad se exige una adecuación entre la medida de control y el comportamiento a controlar, es por ello que debe observarse si se derivase de ella más beneficios o ventajas para el interés empresarial que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Esto es, se exige una relación estricta de intensidad, razonabilidad y proporcionalidad entre el incumplimiento y el medio de control. La medida

empresarial debe ser razonable según las características de la conducta a controlar. Es decir, desde la proporcionalidad en sentido estricto se le pide a la medida empresarial que sea razonable, equilibrada, oportuna y proporcional al fin esgrimido. Y que proporcionalmente cause más beneficios a la colectividad, que daños al concreto trabajador que puede ver afectado uno de sus derechos fundamentales con la medida empresarial. Es por eso que, una vez más, también desde esta perspectiva, la mayor o menor contundencia de la afectación al derecho fundamental está íntimamente relacionada con la conducta a controlar. Y en ese sentido, las medidas de control a adoptar para comprobar el ejercicio habitual de los cometidos por parte del trabajador, discreparán mucho en intensidad de las que puedan adoptarse para comprobar si tras las sospechas de un incumplimiento laboral, éste efectivamente se da.

Por otro lado, en lo relativo al objeto de la prueba se hace referencia a los datos alegados por las partes, bien entendiendo que se trata de algunos elementos fácticos (art. 281.1.3 y 4 LEC), así como determinadas normas jurídicas (art. 281.2 LEC)⁶.

El derecho a la prueba en el proceso, viene reconocido como derecho fundamental y garantía constitucional en el art. 24. 2 CE, al aludir al derecho que asiste al justiciable de “utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”.

Ahora bien, actualmente nos vemos inmersos en un rápido y trascendental avance tecnológico que supone la introducción y especial incidencia de las nuevas tecnologías en todos los aspectos de la sociedad, entre ellos el Derecho, dando lugar al surgimiento de las pruebas electrónicas.

Esta realidad que hoy nos ocupa, hace que cada vez con más asiduidad se aporten documentos que se encuentran recogidos en soportes electrónicos como medios de prueba al caso concreto.

⁶ Véase en <https://es.scribd.com/document/358290982/6546> (última consulta 5 marzo de 2018).

SANCHIS CRESPO define la prueba electrónica o en soporte electrónico como aquella información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido⁷.

Al ser un concepto incorporado recientemente, uno de los primeros inconvenientes que plantea la prueba electrónica, es el hecho de la carencia de una definición legal, y además de la propia expresión de la misma, dando lugar a distintos posibles conceptos como prueba de medios tecnológicos, por soportes informáticos, por medios audiovisuales, etc.

La nombrada prueba tecnológica a diferencia de las pruebas tradicionales, presenta tres características: intangible, volátil y deleznable⁸.

En relación con la primera, atendiendo a su carácter intangible supone que estas pruebas se encuentran en formato electrónico, pudiéndose copiar tantas veces como se desee, lo que plantea el problema para distinguir la evidencia original de la copia.

Otra de las características que define la prueba tecnológica es su volatilidad haciendo referencia a que las evidencias electrónicas son mutables y, por tanto, sujetas a la posibilidad de modificación. Si la parte discute este extremo, deberá aportarse un dictamen pericial informático que acredite si se ha producido alguna modificación en el documento electrónico, de manera que se demuestre desde qué equipo y con qué finalidad ha tenido lugar. Así el informe pericial puede ofrecer al Tribunal sólidos argumentos para valorar adecuadamente dicha prueba electrónica.

En último lugar, las pruebas electrónicas son deleznales, ya que las evidencias electrónicas pueden ser eliminadas, pudiendo también destruirse los soportes físicos en los que se almacenan⁹.

⁷ SANCHIS CRESPO, C., *Las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia*. Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 713.

⁸ PINTO PALACIOS, F., y PUJOL CAPILLA, P., *La Prueba en la era digital*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 27.

Vistas las características de la prueba electrónica, habría que distinguir entre fuentes de prueba que serían las palabras, datos, cifras, operaciones matemáticas, imágenes, sonidos; y los medios de prueba, que serían los soportes o instrumentos de archivo, conocimiento o reproducción de datos (CD,DVD,CR-rom, pendrive...) donde se recogen y almacenan tales fuentes; y la práctica de la prueba que consiste en su reproducción ante el Tribunal.



⁹ La prueba electrónica puede ser fácilmente destruible, pues quien posee la información puede eliminarla o destruir el disco duro donde está almacenada, o eliminar cualquier mensaje recibido mediante mensajería instantánea.

EPIGRAFE 2. PRUEBA ILICITA Y DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

Para poder aportar una determinada prueba, electrónica o genérica, en un proceso, ésta debe haber sido obtenida respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos, sean parte o no.

Así se establece en el art. 11. 1 LOPJ que en su redacción literal indica que “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales.” Por tanto, se considerará prueba ilícita aquella que vulnere algún Derecho Fundamental¹⁰.

La posible ilicitud en la obtención de la prueba acarrea que ésta no pueda producir efectos procesales de carácter positivo, y siendo así, que no pueda ser admitida en juicio, ni producir efectos probatorios.

Cabe por destacar que ésta generalización de las redes de telecomunicaciones, y en especial, de Internet, así como su incorporación a la vida económica y social diarias, ofrecen innumerables ventajas, tales como la facilidad de la comunicación, el acceso inmediato a todo tipo de información, la mejora de la actividad empresarial, la aparición de nuevas fuentes de empleo, etc. Pero genera igualmente graves inconvenientes, ya que puede provocar

¹⁰ Así el art. 11.1 cumple con lo establecido en el la CE en su artículo 10.2 al exponer que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derecho Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España.”

una insuficiencia de privacidad que afectaría al derecho fundamental de la intimidad y esto exige examinar si las pruebas electrónicas son lícitas o no,

entendiéndose ilícitas cuando se emplean para la obtención de resultados no amparados por el ordenamiento jurídico, o manifiestamente contrarios al mismo¹¹.

Todo ello, ha desembocado en que en la doctrina se haya sostenido la aparición de lo que denomina una “tercera generación” de derechos fundamentales, que vendría integrada por las garantías del ciudadano frente a los ataques a sus libertades procedentes de las nuevas tecnologías; y así, se califican como “libertades informáticas y telemáticas”, la intimidad informática y el derecho a la autodeterminación informativa¹².

Estos mencionados derechos y todos los enmarcados el art. 18 CE actúan como límite de las facultades establecidas en el artículo 20.3 ET, que acredita al empresario, como titular de los medios de producción, a decidir el uso que los trabajadores deben hacer de ellos y, en consecuencia, para sancionar los incumplimientos que se produzcan. El problema se plantea, por tanto, cuando ese control empresarial vulnera alguno de los derechos fundamentales del trabajador.

Se estudian a continuación los derechos establecidos en el art. 18 CE que pueden ser vulnerados por el uso de las nuevas tecnologías.

¹¹ Véase en la STC 49/1996, de 26 de marzo.

¹² Con más amplitud puede verse en ORTUÑO NAVALÓN, M^a ., *La prueba electrónica ante los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p 88.

2.1 Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio¹³ se encuentra recogido en el art. 18. 2 CE que indica que “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él, sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante ¹⁴ delito.” Es decir, únicamente se podrá acceder al domicilio de una persona ajena cuando haya autorización judicial, consentimiento del titular, o se esté cometiendo el delito en el mismo momento.

Este derecho supone que este espacio queda exento e inmune de cualquier invasión o agresión exterior, proceda de otro particular o de un poder público, salvo los casos previstos.

En el ámbito de este trabajo, este derecho que en realidad pudiese parecer ajeno a la práctica laboral, podría considerarse afectado cuando al trabajador, la empresa le ofrece el uso de una vivienda de forma gratuita, o como salario en especie, o bien mediante el pago de un alquiler inferior al que correspondería si hubiera alquilado en el mercado inmobiliario, y este trabajador hiciese un mal uso de ésta.

¹³ Entendiendo domicilio por el TC como “aquel espacio en el cual un individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima” y “cualquier espacio físico que sirva de referencia para el ejercicio de las funciones vitales más características de la intimidad. “Véase en la STC 22/1984 de 17 de febrero.

¹⁴ Se denomina flagrante a algo que se está ejecutando en el momento o que resulta tan evidente que no necesita pruebas. Véase en <https://definicion.de/flagrante/> (consultada el 20 de marzo de 2018).

2.2 Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones

La Constitución protege el derecho al secreto de las comunicaciones en su artículo 18. 3 CE que expresa que “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial” este derecho persigue la protección objetiva de la libertad de comunicarse con otras personas sin límite alguno, tanto en lo que afecta al contenido de la conversación, cuanto a la propia existencia de la misma y la identidad de los intervinientes en ella. Se trata de un derecho, pues, con un contenido eminentemente formal u objetivo, pues tiende a tutelar a los comunicantes frente a cualquier injerencia de terceros en su ámbito de libertad. El núcleo esencial del derecho reside precisamente aquí, en la evitación de la intromisión de terceros ajenos, siendo por tanto la prohibición absoluta de su uso en el ámbito del proceso y la ineficacia en cualquiera de sus fases la consecuencia inevitable de una intervención ajena en un espacio reservado¹⁵.

El Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina¹⁶ sobre el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, y ha entendido que las características delimitadoras de este derecho, aunque han sido elaboradas en relación exclusivamente con una de las formas de comunicación protegidas en el mismo (las comunicaciones telefónicas) se proyectan también sobre el derecho a las comunicaciones postales¹⁷.

El derecho al secreto de las comunicaciones prohíbe la interceptación o el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto, es decir la aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado, que sería la apertura de la correspondencia

¹⁵ ASECIO MELLADO, J., “La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita” p. 11 disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110507_02.pdf

¹⁶ Véase SSTC 49/1999 de 5 de abril, y 34/1996 de 17 de abril.

¹⁷ Véase SSTC 114/1984 de 29 de noviembre y 123/2002 de 20 de mayo.

ajena guardada para su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil¹⁸.

En el ámbito laboral, puede suceder que el empresario pretenda verificar el uso que se hace de determinados medios tecnológicos de la empresa, por parte de sus trabajadores, como pueden ser las comunicaciones telefónicas o las efectuadas a través del correo electrónico corporativo. Y, en este sentido, habrá que valorar si se vulnera o no el derecho al secreto de las comunicaciones, ya que si se vulnerase la prueba obtenida sería una prueba ilícita¹⁹.

Para evitar la violación de este derecho fundamental, la compañía debe contar con un reglamento interno relativo al uso de los medios electrónicos puestos a disposición de sus empleados (incluyendo ordenadores, teléfonos inteligentes, tabletas, dispositivos de propiedad del empleado que utilice en su trabajo, etc), en el cual se defina de manera clara el carácter exclusivamente profesional de su puesta a disposición y su uso, lo cual en principio permitirá el control empresarial al entenderse que, fruto de dicha regulación, el empresario ha configurado un ámbito tecnológico estrictamente profesional en el que no tiene cabida la actuación personal del empleado. Es decir, en el reglamento interno se deberán recoger todas las normas correspondientes a los deberes del trabajador para el uso de los medios tecnológicos de titularidad de la empresa, o bien lo recogido en el convenio colectivo aplicable al sector.

¹⁸ ORTUÑO NAVALÓN, M^a., *La prueba...* ", Op. Cit., p. 89

¹⁹ Véase en la STC 14/2001, de 29 de enero.

2.3 Derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la propia imagen

El artículo 18.1 CE establece que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen”²⁰.

Con respecto al honor y a la integridad de la personalidad del trabajador y su dignidad, sin duda inspiran la regla que atribuye a la víctima del acoso la opción de extinguir la relación laboral, con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación en su caso, en los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo²¹.

En lo que se refiere al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), la apertura de una agenda y la lectura de los papeles que se encontraban en ella, inciden en el derecho a la intimidad.

El máximo intérprete de la Norma Fundamental reconoce que la intimidad protegida por la Carta Magna no sólo se reduce al ámbito doméstico o privado, sino que también existen otros, en particular el relacionado con el trabajo o profesión, donde se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir una manifestación de la vida privada. Es más, el TC argumenta también que la cobertura de este derecho abarca el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal, que pueden ser correos o *e-mail* guardados en la memoria del terminal informático utilizado. Ahora bien, el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto (como no lo es ningún derecho fundamental), pudiendo ceder ante otros intereses constitucionales relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin

²⁰ Véase la sentencia del Juzgado de lo Social 909/2012 nº2 de Terrasa, de 20 de noviembre y STC 39/2016 de 3 de marzo.

²¹ CASTRO ARGÜELLES, M.A, “Derechos Fundamentales en el proceso laboral”
https://academicae.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10906/Maria_Antonia_Castro.pdf?sequence=1&isAllowed=y (última consulta el 20 de mayo de 2018)

constitucionalmente legítimo y sea proporcionado. De este modo, aun cuando el uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral queda dentro de la protección del derecho a la intimidad, lo cierto es que serán las circunstancias de cada caso las que determinen si su fiscalización ha generado o no la vulneración de dicho derecho fundamental²².

2.4 Derecho fundamental a la protección de datos

El derecho fundamental a la protección de datos reconoce al ciudadano la facultad de controlar sus datos personales y la capacidad para disponer y decidir sobre los mismos²³.

La protección de datos está jurídicamente considerada por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental autónomo e independiente del derecho a la intimidad personal y familiar²⁴. En la STC 292/2000 de 30 de noviembre, se indica que el derecho fundamental a la protección de datos no solo protege los datos íntimos de las personas, sino que amplía su ámbito de protección “a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está protegida por el art. 18.1 de la Constitución Española otorga, si no los datos de carácter personal”.

²² Véase en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El control empresarial de la mensajería electrónica como prueba de la transgresión de la buena fe contractual” *Diario La Ley*, núm. 8195, Sección Tribuna, 20 Nov. 2013, Editorial la LEY, pp. 3-5.

²³ Véase en <http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/CanalDelCiudadano/derechos/index-ides-idphp.php> (última visita el 20 de abril de 2018). A mayor abundamiento, ORTEGA GIMENEZ, A., GONZALEZ MARTINEZ, J.A., “Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico por los trabajadores y control empresarial” *Diario La Ley*, nº 7188, 2009.

²⁴ <http://www.cuidatusdatos.com/infoprotecciondedatos.html> (última consulta el 21 de mayo de 2018).

Un tema de reciente actualidad es el nuevo Reglamento General de Protección de datos (en adelante, RGPD) , que entró en vigor el 25 de mayo de 2016, y que va a ser aplicable el 25 de mayo de este año 2018²⁵.

Esta actualización viene como consecuencia de la gran cantidad de datos personales con los que trabajan las empresas y el supuesto beneficio que pueden extraer de ello. En el RGPD han introducido nuevas reformas que afectarán a la forma de obtener el consentimiento de los interesados.

Esto afectará tanto a la relación con clientes, como a la relación de los trabajadores ya sea por la publicación de información de datos personales de los mismos en la página web de la entidad o en un tablón de anuncios de la propia empresa... Es decir, cualquier actuación por parte del empresario que afecte a un dato de carácter personal del trabajador, dicho de otro modo, un dato de carácter personal abarcaría cualquier dato que permita identificarte o hacerte identificable, y en tales casos siempre deberá contar con el consentimiento del trabajador.



2.5 Derecho fundamental a la autodeterminación informativa

El principio de autodeterminación informativa es un derecho fundamental derivado del derecho a la privacidad, que se concreta en la facultad de toda persona de ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros públicos o privados, especialmente, aunque no exclusivamente, los almacenados en medios informáticos²⁶. Por ello, se trata de un principio regulador de la materia correspondiente a la tutela de los datos personales. Una materia que, dada la importancia que tiene hoy en la sociedad de la información, está ampliando progresivamente su ámbito de aplicación y

²⁵ <http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/temas/reglamento/index-ides-idphp.php> (última consulta el 20 de mayo de 2018).

²⁶ Véase STC 29/2013 de 11 de febrero.

de referencia. Es un subprincipio de los principios de la libertad de la voluntad, de la libertad de disponer de sus posesiones y propiedades y/o de la tutela de la personalidad y además, del derecho a la intimidad de la persona²⁷.

En España la regulación de este derecho está constituida en el art. 18.4 CE “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, además en el art. 105.b CE regula “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. Y finalmente, en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal²⁸.



²⁷ <http://oiprodat.com/2013/03/15/configuracion-juridica-del-derecho-a-la-autodeterminacion-informativa/> (última consulta el 5 de mayo de 2018).

²⁸ Con más amplitud puede verse en RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “Internet en el trabajo”, *Diario La Ley*, núm. 8926, 2017.

EPIGRAFE 3. MEDIOS DE PRUEBA

Con arreglo a los distintos medios de prueba en el proceso laboral es necesario acudir al art. 299 LEC, que desarrolla de forma más extensa lo establecido en el art. 90.1 LRJS que dispone “Las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales, los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”.

La expresión “cuantos medios de prueba se encuentren regulado en la Ley” no puede entenderse solamente a los establecidos en la citada LRJS. En consecuencia, es preciso remitirnos a la LEC, la cual establece en su artículo 4 el carácter supletorio de sus preceptos en defecto de disposiciones reguladas, entre otros, en los procesos laborales. Siendo así, es de aplicación el art. 299 LEC, al tratarse de una ley subsidiaria para el resto de órdenes jurisdiccionales, actuando como supletoria respecto a lo no regulado en el orden laboral²⁹.

En este sentido, la citada LEC señala que los medios de prueba que se podrán hacer uso en un juicio son: interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial, e interrogatorio de testigos.

También, sigue diciendo que se admitirán los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras, y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

²⁹ Puede verse con más amplitud en GIL PLANA, J., *La Prueba en el Proceso Laboral*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, p. 186.

Por otra parte, permite y deja abierto, la posibilidad de otro medio que no haya sido enunciado anteriormente, pero del que pueda obtenerse certeza de los hechos relevantes del procedimiento³⁰.

Del análisis de estos preceptos legales, podemos llegar a la conclusión, por un lado, de que en la propia LEC, se recoge de una forma explícita la posibilidad de aportar como prueba instrumentos y resultados cuyo soporte sea la informática, abriendo incluso la posibilidad de medios más avanzados y novedosos. Y, por otra parte, además se deja una posibilidad más abierta, siempre respetando unos límites y garantías (como se pasará a ver más adelante), para que las partes hagan uso en el procedimiento laboral de los nuevos medios tecnológicos.

Estos medios probatorios tienen que cumplir dos requisitos, y de este modo, se impone un doble límite en su práctica. Por un lado, que sean presentados por la parte. Y por otro lado, se limitan a aquello sobre lo que versa el proceso.

Seguidamente se van analizar los medios de prueba habituales, y los nuevos medios de prueba tecnológicos.

3.1 Interrogatorio de las partes

La prueba del interrogatorio de las partes está regulada en los art. 301 y ss LEC y en el art. 91 LRJS. Consiste en la declaración de una parte, solicitada por la parte contraria o por el juez, sobre los hechos y circunstancias de los que tengan noticia y guarden relación con el objeto de juicio³¹.

El interrogatorio puede realizarse sobre persona física o jurídica y tanto en un caso como en otro, se requiere que la persona sometida a interrogatorio sea

³⁰ Así lo indica en el apartado tercero del art. 299 LEC.

³¹ <https://www.iberley.es/temas/interrogatorio-partes-proceso-civil-56801> (última visita el 1 de abril de 2018)

acreedora de capacidad legal; en el caso de personas jurídicas recaerá sobre aquellas que legalmente las representen y tengan facultades para ello³².

La parte citada al interrogatorio debe comparecer obligatoriamente (art. 292 LEC). De lo contrario, podría aplicársele la denominada *ficta confessio*, que radica en la obligación de colaboración con los órganos judiciales que tienen contraída todas las personas. Ese deber de colaboración tiene su base en el art. 118 CE que expone “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto” y constituye un instrumento idóneo para la recta aplicación de las reglas sobre administración de la carga de la prueba, en la medida que este principio, garantiza la igualdad efectiva de las partes en la alegación y demostración de los hechos objetos de controversia para lograr la plenitud del resultado probatorio.

Es decir, dicha admisión tácita de hechos, recogida en el último párrafo del artículo 316. 2 LEC, no viene referida a los supuestos en que se haya prestado una declaración de parte, sino más bien lo contrario, aparece circunscrita a los supuestos de incomparecencia de la parte (artículo 304 LEC) o de negativa o respuestas evasivas o inconcluyentes (artículo 307 LEC). Estando sujeta a ciertos requisitos, entre ellos una inexistencia de justa causa, que dicha incomparecencia cause indefensión a la parte proponente, y la proposición y admisión de la prueba.

Siguiendo con nuestro análisis, el contenido del artículo 307 LEC tiene una enorme importancia práctica estableciendo que “si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, pueden considerarse

³² GONZÁLEZ VILLANUEVA, F. “Nuevas tecnologías y medios de prueba en el proceso laboral”, p. 27 disponible en:
<https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/11192/1/RevistaUniversitariadeCienciasdelTrabajo-2001-2-Nuevastecnologiasymediosdeprueba.pdf>

reconocidos como ciertos 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. Cuando las respuestas que diere el declarante fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior”. Y en el mismo sentido lo establece el art. 91 apartado segundo de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

En estos supuestos de negativa a declarar o respuestas evasivas o inconcluyentes, la *ficta admissio* requiere el apercibimiento en el acto de las consecuencias de su actuación, y además que la negativa a declarar sea injustificada, puesto que se excluyen de este precepto los supuestos en que el declarante tuviera la obligación legal de guardar secreto, y la existencia de hechos perjudiciales para la parte en los que haya intervenido personalmente³³.

3.2 Interrogatorio de testigos

La prueba de testigos se traduce en una actividad procesal consistente en la declaración de un sujeto, distinto de las partes y de sus representantes, sobre percepciones sensoriales relativas a hechos concretos, controvertidos y procesalmente relevantes³⁴.

Para la práctica de esta prueba se requiere la intervención de un sujeto no involucrado en el proceso, que se manifiesta ante unos acontecimientos cuyo

³³ Véase en <http://roleplayjuridico.com/notas-sobre-la-ficta-admissio/> (consultada por última vez el 19 de mayo de 2018)

³⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Derecho Procesal Civil. El proceso declarativo”, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pág. 320.

límite se determina por los hechos controvertidos objeto del proceso, sin que pueda ser preguntado por otras cuestiones no planteadas en la demanda³⁵.

Para poder actuar como testigos se requiere, en primer lugar, la solicitud de las partes para que un tercero realice las declaraciones sobre los hechos controvertidos que tenga noticia, relativos al objeto del juicio. No obstante, debe advertirse que no resulta exigible en todo caso y respecto a cualquier testigo, su inmediata y directa intervención en los hechos sobre los que testifica. Esto es, podrá darse una apreciación directa o indirecta de los hechos, en función de la cual el juzgador realizará su valoración.

Esta persona debe mantenerse al margen del proceso, por lo que, tanto cualquier miembro del órgano jurisdiccional, como quien resulta parte interesada directa o indirectamente, o aquellos sujetos que representen a las partes, no pueden actuar como testigos.

Además, se exige que las personas que testifiquen no se hallen permanentemente privadas de razón, y una edad mínima de catorce años, pero se podría dar la posibilidad de la admisión como testigos a los menores de catorce años únicamente cuando el Tribunal entienda que poseen el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente (art. 361 LEC). Y junto a la edad, la credibilidad debe ser manifiesta.

El testigo debe comparecer, pudiendo ser sancionado por incomparecencia y tiene el deber de decir la verdad, es por ello que una vez iniciado, y antes de que se produzca la declaración, el testigo debe prestar juramento o promesa de decir la verdad (art. 365 LEC).

Junto al deber de comparecencia y de decir la verdad, se regula como excepción la posibilidad del testigo de guardar secreto (art. 371 LEC). Por un lado, respecto de los hechos sobre los que testifica y tenga como origen su estado o profesión. Y por otro lado, la negativa de declarar puede encontrar

³⁵ GONZÁLEZ DÍAZ, F., *Los medios de prueba en el proceso laboral*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 107.

fundamento respecto a las preguntas referidas a la materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado³⁶.

3.3 Prueba documental

La prueba documental viene regulada en los art. 317 y ss LEC y art. 94 LRJS. En este medio probatorio el documento no es el objeto sino el medio de prueba, en cuanto que la prueba se circunscribe al contenido del documento. Y partiendo de esta premisa, el objeto de la prueba puede reflejarse en documentos públicos y privados³⁷.

El documento público (art. 317 LEC) es aquel que es otorgado por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o con su intervención. Consistiendo en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, y que es otorgado por un notario y ha sido incorporado en el respectivo protocolo y en escritura pública.

Y se entiende por documento privado (art. 324 LEC), aquel documento que no cumple los requisitos del documento público, es decir, es un documento que no ha sido elaborado por un funcionario público, ni ha habido intervención de éste para su elaboración. Los documentos privados son aquellos que elaboran los particulares en el ejercicio de sus actividades. No obstante, un documento privado puede adquirir la connotación de documento público cuando ese documento es presentado ante notario público³⁸.

³⁶ Véase en <https://www.iberley.es/temas/prueba-testifical-proceso-laboral-56131> (última consulta 10 de abril de 2018)

³⁷ GONZÁLEZ DÍAZ, F., *Los medios.....*,” Op. Cit., p. 68.

³⁸ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/documentos-p%C3%BAblicos-y-privados/documentos-p%C3%BAblicos-y-privados.htm> (última consulta el 10 de mayo de 2018).

Una vez aclarados los distintos tipos de documento, analizaremos el deber de aportación por sus dueños cuando sean propuestos como medio de prueba por la parte contraria (art. 328 LEC), en definitiva, la norma obliga a proceder a una exhibición de los documentos por quienes los tienen en posesión, cuando se pretenda utilizar por la otra parte³⁹.

Por otro lado, junto a la exhibición de los documentos de una de las partes, la LEC en su art. 330 amplía la posibilidad de solicitud de exhibición a terceros. Este artículo se fundamenta en el art. 118 CE que se refiere al deber de colaboración con la Administración de Justicia y en el art. 24 CE, autorizando a los litigantes a obtener aquellos medios de prueba que mejor defiendan el derecho a la tutela judicial efectiva.

Se trata pues, de supuestos en los que a terceros no litigantes se les requiere para la exhibición de documentos de su propiedad cuando, cuando solicitada por una de las partes, el tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia.

Finalmente, también pueden solicitarse documentos de las dependencias del Estado, CCAA, provincias Entidades Locales y demás entidades de Derecho Público, que no podrán negarse a expedir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los tribunales, y no podrán oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias⁴⁰.

3.4 Dictamen de peritos

³⁹ Téngase en cuenta que, si la persona de la que se requiere la exhibición no estuviera dispuesta a desprenderse del documento para su incorporación a los autos, se extenderá testimonio de éste por el Secretario Judicial del tribunal, si así lo solicita el exhibiente (art. 331. LEC).

⁴⁰

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAU5DC1NTtbLUouLM_DxblwNDY0MjQ0uQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAqmyhZjUAAAA=WKE (última consulta 30 de marzo de 2018)

El dictamen de peritos se regula en el art. 93 LRJS y art. 335 y ss LEC. En el dictamen se plasma la valoración de un técnico que emite un informe, fundado en unas mediciones, datos recabados y justificado con argumentos técnicos, sobre el asunto o tema analizado. En el dictamen, se formulan hipótesis (una o varias) sobre unos hechos, como pueden ser el origen de un suceso, las causas que lo provocaron y las posibles consecuencias⁴¹.

A la hora de señalar las personas que pueden actuar como peritos debe distinguirse entre personas físicas y personas jurídicas. En cuanto a las primeras, según el art. 340 LEC, se diferencia entre los peritos titulares y peritos no titulares, respecto los primeros se requiere que se encuentren en posesión del título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen. Y respecto a las personas jurídicas, la LEC permite que puedan emitir dictámenes las academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de material correspondientes al objeto de la pericia, así como las personas jurídicas habilitadas para ello.

A través de este dictamen, las partes se sirven de él para probar unos hechos de manera técnica, es por eso que a través de esta actividad probatoria se proporcionan argumentos que ayudan a la formación de convencimiento respecto de una serie de cuestiones controvertidas.

La actuación de imparcialidad del perito, bien sea designado de parte o designado por el órgano judicial, queda garantizada con la obligación expresada en el art. 335 LEC, de prestar juramento o promesa de desarrollar su actividad de manera ecuánime, esta actuación objetiva implica realizar una labor cuyo resultado pueda derivar en conclusiones que perjudiquen o beneficien a cualquiera de las partes, el incumplimiento de este deber genera sanciones penales.

⁴¹ Véase en <http://juiciosconstruccion.com/archivos/660> (consultada por última vez el 10 de mayo de 2018)

Para finalizar, comentar que existen varios tipos de dictámenes periciales, el perito designado de oficio y el designado de parte. Respecto a este último, las pretensiones alegadas por las partes encuentran apoyo en la prueba pericial y más concretamente, en el dictamen elaborado por perito designado por ellas. Y el perito designado de oficio, en el que la designación de peritos por el tribunal y la resolución judicial sobre dicha solicitud se regula en el art. 339 LEC.

3.5 El reconocimiento judicial

El reconocimiento judicial está regulado en el art. 353 y ss LEC, donde se establece que es un medio de prueba que se utiliza para el esclarecimiento y apreciación de los hechos, de manera tal que el juez o tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona, siendo lo determinante del objeto del reconocimiento que pueda apreciarse por los sentidos⁴².

De lo anterior se deduce que no siempre el reconocimiento judicial implica el desplazamiento del órgano judicial, pues podrán efectuarse reconocimientos de personas y objetos en la propia vista del juicio. Mayor inconveniente supone cuando el reconocimiento se acompaña de la movilidad del juez, pues, se produce la ruptura del principio de unidad de acto.

3.6 Reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar

La LEC en el año 2000 introdujo esta posibilidad como novedad, y en un párrafo aparte a los demás medios de prueba previstos en el art. 299, en el que

⁴²http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjSwMDtLJouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUtckhIQaptWmJOcSoAUBTQ NjUAAAA=WKE (última consulta el 1 de abril de 2018).

se permite la cohabitación de los medios tradicionales de prueba, con aquellos que se caracterizan por su incorporación a medida que los avances de la sociedad lo permiten. Se añadieron a la LEC dos medios probatorios novedosos, por un lado, se sitúan los instrumentos de filmación, grabación y semejantes, y por otro, los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso.

En el supuesto de que se trate de palabras, imágenes o sonidos captados mediante instrumentos de filmación grabación y otros semejantes, la parte proponente de la prueba podrá acompañarla de la transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate siempre que resulte relevante para el caso.



EPIGRAFE 4. TIPOS DE PRUEBAS ELECTRONICAS

Una vez expuestos los medios de prueba posibles en el proceso laboral, que utiliza los introducidos en la LEC en el año 2000, se pasarán a desarrollar los nuevos medios de pruebas electrónicas

Estos nuevos medios de prueba surgen debido a los constantes avances tecnológicos, habiendo una gran diversidad de ellos y siendo una tarea compleja realizar una enumeración exhaustiva de los nuevos medios de pruebas tecnológicas, por tal motivo, es conveniente centrar el análisis en aquellas pruebas electrónicas que con mayor frecuencia se aportan en los Tribunales actualmente relacionadas con el ámbito laboral. La forma de aportación de cualquier medio de prueba⁴³, y en este caso de pruebas tecnológicas, se podrán incorporar al proceso a través de cualquiera de los regulados en el art. 299 LEC.

En este sentido se estudia el correo electrónico, las grabaciones de sonido, la fotografía digital, la videograbación, las redes sociales, el GPS y la mensajería instantánea.

4.1 Correo electrónico

El correo electrónico consiste en el intercambio de textos digitalizados a través de Internet⁴⁴. Se trataba de la aplicación más utilizada hasta la aparición de las redes sociales y los programas de mensajería instantánea. Sin embargo, aún con la irrupción de las nuevas tecnologías que ha desbancado en parte el

⁴³ GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho*, Civitas, Madrid, 1981, p. 47

⁴⁴ http://elies.rediris.es/elies24/lopezalonso_cap2.htm (última consulta el 20 de abril de 2018)

uso del correo electrónico, éste continúa siendo el medio más usado frecuentemente a nivel profesional⁴⁵.

Los usuarios del e-mail disponen de un buzón identificado mediante una dirección electrónica concreta (Ej. xxx@umh.es). Los mensajes se almacenan en un servidor propio de la compañía que presta el servicio (Gmail, Yahoo, Hotmail, o del servidor de la empresa, etc.) Para acceder a la cuenta se exige una contraseña que asegura la privacidad de su contenido y un nombre de usuario.

Dada la trascendencia de los e-mails resulta conveniente guardar, ya sea en el servidor o en un ordenador, aquellos que se consideran más relevantes.

Debemos señalar que también el correo electrónico permite incorporar una especie de acuse de recibo para asegurarnos que el mensaje ha sido recibido y/o leído por su destinatario, la denominada confirmación de lectura. Hoy en día existen empresas de certificación de correo electrónico para registrar todo lo enviado y recibido por e-mail (Un ejemplo de ello es la sociedad Lleida.Net).

El acceso al proceso de los e-mails, normalmente se realiza tras su impresión en papel. Y existe la posibilidad de que se incorporen a un acta notarial para reforzar su eficacia probatoria, en el que se acredite la existencia de tales mensajes, las direcciones de e-mails utilizados por los usuarios, así como las fechas en las que se han remitido. No obstante, nada impide que dicha prueba electrónica pueda acceder al proceso a través de un dispositivo de almacenamiento.

La STS 119/2018 de 8 de febrero de 2018, estima la validez de la prueba aportada por la empresa, consistente en correos electrónicos del trabajador en los que se reflejan una conducta expresamente prohibida en el Código de Conducta de la empresa, como es aceptar transferencias bancarias

⁴⁵ Un estudio de Radicati Group, de febrero 2017 estimaba que 269 mil millones de correos son enviados cada día <https://mittum.com/cuantos-emails-se-envian-en-un-dia/> (Consultado por última vez el 19 de mayo de 2018).

a su cuenta personal de un proveedor. La empresa procedió al examen del ordenador, tratando de encontrar elementos que permitieran seleccionar que correos examinar, utilizando palabras clave y el contenido extraído se limitó a los correos relativos a las transferencias bancarias controvertidas, y siempre desde el servidor de la empresa, no directamente desde el ordenador del trabajador. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa, contra la sentencia dictada por el TSJ Galicia y atribuyó plena validez procesal a la prueba derivada del examen del correo electrónico existente en el ordenador del trabajador.

4.2 Grabaciones de sonido

Las grabaciones de sonido constituyen otra modalidad de prueba electrónica que puede ser aportada al proceso. Para que surta efectos probatorios deberán observarse una serie de garantías, como la puesta a disposición del Tribunal, de los soportes que registran la conversación y verificación de la autenticidad para evitar posibles manipulaciones⁴⁶.

Uno de los aspectos más controvertidos en la práctica forense en relación con esta prueba electrónica se refiere a la validez de las grabaciones de conversaciones mantenidas por particulares que posteriormente se aportan a juicio. En la actualidad, prácticamente todos los teléfonos incorporan algún tipo de aplicación que permite grabar las conversaciones sin que el otro interlocutor perciba esta circunstancia. Esta cuestión ha sido tratada en muchas ocasiones por el Tribunal Constitucional, que ha mantenido una doctrina constante desde hace más de treinta años, aun cuando no existía este desarrollo tecnológico. En efecto la conocida STC 114/1984 estableció que “Quién graba una conversación de otros, atenta independientemente de 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

⁴⁶ PINTO PALACIOS, F., y PUJOL CAPILLA, P., *La Prueba....*”, Op. Cit., p. 47.

vulnerando un derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 CE, pero quien graba las palabras que un tercero le dirige no está realizando por este solo hecho solo ilícito alguno. Cuestión diferente sería si esa conversación se divulga y la intromisión que pueda suponer en la esfera de las personas cuyas palabras se han recogido⁴⁷.

En esta misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado la validez de las grabaciones de las conversaciones entre particulares al concluir 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 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 reproche jurídico⁴⁸”.

Por otro lado, dada la posibilidad de manipulación, trucaje y distorsión de las grabaciones de audio, es posible que se impugne su autenticidad. En estos casos se podría realizar un cotejo de voces cuya finalidad es averiguar si el registro fonográfico corresponde a una determinada persona, o aportar un dictamen pericial tecnológico sobre el soporte que recoge la grabación a fin de acreditar que no ha sido objeto de manipulación.

Un ejemplo de aportación cómo medio probatorio de grabaciones de sonido lo encontramos en la STC 98/2000 del 10 de abril, sobre la instalación de

⁴⁷ STC 114/1984, Sala Segunda, de 29 de noviembre.

⁴⁸ Véase las SSTs 882/1991, de 7 de febrero de 1992; 178/1996, del 1 de marzo; 914/1996 de 20 de diciembre; 702/1997 y 268/1998.

micrófonos en el casino de La Toja (Pontevedra). La sentencia ampara al comité de empresa del Casino de La Toja SA, y anula el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y restablece el del Juzgado de lo Social que prohibió los micrófonos. El origen de este asunto fue la instalación en el casino de La Toja, durante el verano de 1995, de unos micrófonos que permitían recoger y grabar las conversaciones que pudieran producirse en las secciones de caja y de la ruleta francesa. Santiago Aldazábal Gómez, en nombre del comité de empresa del Casino de La Toja SA, invocó el derecho a la intimidad ante el juez de lo Social de Pontevedra, quien ordenó el cese inmediato de dicha iniciativa. En cambio, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a la que recurrió la empresa, avaló la medida, justificada por razones de seguridad, y negó que las dependencias donde estaban instalados los micrófonos fueran idóneas para ejercer el derecho a la intimidad. En cambio, el Tribunal Constitucional desestimó la validez de los micrófonos instalados en el casino, ya que consideró que, aunque su finalidad fuese la de seguridad, vulneraban el derecho a la intimidad de los trabajadores y clientes del casino

El Constitucional razona que "la mera utilidad o conveniencia para la empresa" no legitima la instalación de tales aparatos, que suponen una intromisión ilegítima en la intimidad, al permitir "captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino".

4.3 Fotografía digital

Las imágenes capturadas en una cámara digital se guardan en la memoria interna de ésta o en una tarjeta externa, y de esta forma se pueden transferir a un ordenador para reproducirlas o manipularlas a través de los variados programas de edición de fotografía.

Las fotografías constituyen un elemento de especial valor en numerosos procedimientos dada su capacidad persuasiva. Y, en muchas ocasiones, se aportan al proceso para acreditar un determinado estado de las cosas. Su

incorporación al proceso se puede realizar tanto en papel como en soporte digital cuando se hayan almacenado en un CD o DVD, o pendrive.

El problema que plantean es que se pueden impugnar si no acreditan con certeza la fecha y el lugar en la que se tomaron, o la posible manipulación de las mismas.

En estos casos, la parte deberá aportar un dictamen pericial informático que acredite que los archivos fotográficos no han sido manipulados y se corresponden con los originales, que fueron tomados en un determinado momento.

4.4 Videgrabación

La videgrabación de imágenes de vídeo es otro tipo de prueba electrónica que puede aportarse al proceso. Una de sus finalidades más características es la captación y grabación de imágenes con fines de vigilancia.

Las grabaciones que se realicen a través de cámaras ocultas, teniendo como consecuencia la ausencia de conocimiento y, por tanto, de consentimiento de la persona filmada, constituye como dispone el Tribunal Constitucional “una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen⁴⁹.”

Las grabaciones de las cámaras de videovigilancia constituyen, en ocasiones, pruebas electrónicas que el empresario aporta en juicio para justificar el despido de un trabajador. De la misma manera que en el caso de los e-mails y otros medios informáticos, la cuestión fundamental relativa a esta prueba electrónica radica en analizar su validez y eficacia en el proceso laboral.

⁴⁹ Véase en STC 12/2012 de 30 de enero.

Esta videovigilancia puede tener lugar en un espacio público o privado. Si centramos la atención en el ámbito empresarial, la filmación de imágenes y/o sonidos en sus instalaciones supone un mayor control por parte del empresario a los trabajadores, pues la videovigilancia implica una intensidad y mayor amplitud mayor a un mero control visual del responsable. Estos métodos tecnológicos permiten un fácil control continuo⁵⁰.

El Tribunal Constitucional establece tres requisitos de validez de estas pruebas electrónicas de videovigilancia⁵¹.

En primer lugar, debe existir una sospecha razonable y objetivamente fundada de la existencia de un incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador o la realización de conductas ilícitas, especialmente si afectan al patrimonio de las empresas o de los compañeros de trabajo. En segundo lugar, se debe respetar el principio de ponderación que se despliega en tres elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Finalmente, debe ofrecerse información previa y expresa, clara e inequívoca, de la finalidad de control de la actividad laboral que tienen los dispositivos de filmación utilizados. A tal efecto, la empresa debe concretar las características y el alcance de la recopilación de datos, debiendo especificarse especialmente si dichas imágenes pueden llegar a utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Un ejemplo de aportación cómo medio probatorio de una videograbación lo encontramos en la STSJ 232/2017 de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, sala de lo social, de 23 de marzo, que declaró la improcedencia de un despido basado en las grabaciones hechas por un detective privado contratado por la empresa. Al no estar acreditadas las "sospechas fundadas" en que se basó para contratar ese profesional, pues intentaba evidenciar la sustracción de

⁵⁰ ARRABAL PLATERO, P., "La videovigilancia laboral cómo prueba en el proceso", Revista General de Derecho Procesal, nº 37, Iustel, 2015.

⁵¹ PINTO PALACIOS, F., y PUJOL CAPILLA, P., *La Prueba ...*, Op. Cit., p. 266.

medicamentos, la prueba obtenida es ilícita en tanto vulnera los derechos fundamentales del trabajador a la intimidad y a la protección de datos, y por tanto, su ilicitud contamina al resto de la prueba. Se considera videovigilancia y no grabación simple de imágenes, lo grabado por una cámara oculta puesta por el detective, pero sin presencia física del mismo. Por lo tanto, se debiera haber informado de la existencia de dicha videovigilancia. Formalmente, fue válida la carta de despido, aunque no reflejó ni cómo la empresa comenzó a sospechar del trabajador, ni cómo comprobó que efectivamente estaba substrayendo medicamentos.

4.5 Redes Sociales

Una red social es una estructura social formada por personas o entidades conectadas vía Internet y unidas entre sí por algún tipo de relación o interés común ⁵². Las más populares son Facebook, Twitter e Instagram.

En el gráfico añadido a continuación, se observan el número de usuarios activos en las redes sociales más relevantes, a finales del pasado año ⁵³.



⁵² <http://recursostic.educacion.es/observatorio/web/eu/internet/web-20/1043-redes-sociales?start=1> (consultada el 9 de mayo de 2018).

⁵³ Gráfico extraído de <http://www.juancmejia.com/y-bloggers-invitados/tendencias-del-marketing-digital/>.

Hay que destacar, por lo que respecta a estos medios, que la información no es “privada”. Ya que, en el momento de crear la cuenta, el usuario transfiere la titularidad de su información. El análisis que los jueces han hecho sobre esa privacidad es que se trata de una red social PÚBLICA por lo que exigir respeto a la privacidad e intimidad sería reprochable y contradictorio. Esa falta de privacidad hace que al sustraer información de una red social no se viole ningún derecho fundamental y por ende no se contamine de ilicitud la respectiva prueba⁵⁴.

Un ejemplo de un caso relacionado con la red social Facebook, sería la STSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, 368/2010, de 21 de abril. En dicha sentencia se entra a analizar respecto a la autoría de los hechos y si le corresponden a la persona denunciada. Un trabajador publicó en Facebook, bajo un pseudónimo, un comentario intimidante sobre un directivo de la empresa. El comentario aludía a “matar” y a identificar el domicilio y teléfono del directivo. Dichos hechos fueron denunciados por el directivo, que interpuso a su vez una querrela criminal contra dicho trabajador y procedió a su despido disciplinario. El trabajador alegó «ausencia de prueba sobre su autoría y por insuficiencia de gravedad». Sin embargo, en el acto de juicio quedó probada la autoría del denunciado mediante la práctica de la prueba que supuso rastrear la dirección IP a través de la cual fue publicado dicho comentario. Por tanto, el Tribunal consideró que «la autoría queda probada mediante la titularidad de la IP, del mismo modo que el comentario era intimidatorio y suficientemente grave», por lo que se consideró el despido procedente.

Otro sentencia a modo de ejemplo sería la STSJ, 1333/2013, de 13 de junio, Asturias. La problemática de la sentencia recae en la posible vulneración

⁵⁴ <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/estefanny-pardo-515736/whatsapp-y-redes-sociales-como-medio-de-prueba-2494391> (última consulta el 22 de mayo de 2018).

del derecho a la intimidad para la obtención de lo publicado en la red social. Se trataba de una trabajadora que se encontraba de baja por enfermedad, concretamente por una contractura cervical, la cual publicó fotos en su cuenta de Facebook en las que se la podía observar en un parque temático. Ante esta situación la empresa consideró la actuación como una transgresión de la buena fe contractual, y se procedió al despido disciplinario de la trabajadora. Ante esta situación la trabajadora impugnó la decisión alegando que las imágenes publicadas por ella no se podían utilizar como prueba, ya que era una prueba ilícita, puesto que vulneraba su derecho a la intimidad. El Tribunal decretó que la información publicada en facebook puede ser utilizada con el fin de realizar un despido al ser pública y no haber establecido el trabajador ninguna restricción para acceder a la información. Su pronunciamiento al respecto fue el siguiente: «En este caso se alega la violación del artículo 18.3 de la Constitución al haberse obtenido dicha prueba a través de páginas de redes sociales y al efecto cabe decir con la sentencia de instancia que no se ha vulnerado la intimidad de la trabajadora al haber sido obtenidas las fotografías sin necesidad de utilizar clave ni contraseña alguna para acceder a las mismas dado que no estaba limitado el acceso al público, de modo que se obtuvieron libremente pues al estar "colgadas" en la red pudieron ser vistas sin ningún tipo de limitación con lo que no hay una intromisión en la intimidad de la trabajadora que además aparece en las instalaciones de un parque de atracciones de Madrid y por tanto en un lugar público.»

Frente a las dos sentencias anteriores, la STSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, 2167/2013, de 27 de diciembre de 2013, en la cual se declaró improcedente el despido de una trabajadora que utilizaba la red social Facebook en horas de trabajo. El Tribunal declaró improcedente el mismo alegando que «no queda probado que la trabajadora publicara comentarios utilizando los recursos electrónicos de la empresa. Tampoco existía prueba alguna que demostrase que la actividad se realizó en horario de trabajo y no durante los tiempos de descanso o en momentos que no afectaran a su rendimiento. Por tanto, su comportamiento puede ser reprochable, pero no reviste la gravedad suficiente como para justificar su despido».

Un ejemplo en el que es aportado como medio probatorio Instagram, pero por el que no se toma como válido sería la STSJ 340/2015, de 11 de diciembre de 2015, La Rioja, por la que se estima procedente el despido de un trabajador que durante una baja por enfermedad en la empresa se comprobó que en la empresa de la que era propietario seguía trabajando con total normalidad. La empresa conoce los hechos a través de la contratación de un detective que se persona en el gimnasio, empresa del trabajador, y puede observar como el trabajador se encuentra allí realizando sus funciones e impartiendo clases. El Tribunal acepta este medio de prueba bajo el amparo del artículo 299.3 LEC y considera procedente el despido. Sin embargo, la parte demandante aporta en el acto del juicio una foto publicada en el Instagram del demandado en la que se encontraba en el gimnasio en una fecha que coincidía con su baja laboral. Sin embargo, dicha prueba no fue admitida por cuanto no se probó que fue tomada en el día exacto a su publicación, coinciden con su jornada laboral y, por lo tanto, no hay nexo que relacione el momento en el que se tomó la foto con el momento en que se publicó en la red social.

Finalmente, una sentencia a modo de ejemplo de Twitter, sería la STSJ 30/2015, de 26 de enero, Madrid, por la que se estima procedente el despido de una trabajadora que durante la jornada laboral consultaba la red social Twitter, además de hacer uso de ella. En el contrato que formalizaron tanto la empresa como la trabajadora se establecían las normas de uso de los equipos informáticos, así como del uso de la red. Del mismo modo se establecía el poder de control que la empresa iba a realizar sobre los servicios de internet accesibles para los usuarios, así como las prohibiciones que debían cumplir todos los trabajadores. La empresa constató a través de los registros de controles de acceso de la compañía que, en los dos meses anteriores al despido, la trabajadora había hecho uso de la red para entrar en su página personal de twitter y realizar actividad dentro de la misma. Dicho registro se aportó al acto del juicio mediante documentos en los que se podía observar el historial de búsqueda de la demandada. Para la resolución de la sentencia, el Tribunal se apoya en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de

2011, en la que se establece que “En el caso del uso personal de los medios informáticos de la empresa no puede existir un conflicto de derechos cuando hay una prohibición válida. La prohibición absoluta podría no ser válida si, por ejemplo, el convenio colectivo reconoce el derecho a un uso personal de ese uso. La prohibición determina que ya no existe una situación de tolerancia con el uso personal del ordenador y que tampoco existe lógicamente una "expectativa razonable de confidencialidad". En estas condiciones el trabajador afectado sabe que su acción de utilizar para fines personales el ordenador no es correcta y sabe también que está utilizando un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad“.

4.6 GPS

El GPS es un Sistema Global de Navegación por Satélite, que permite fijar a escala mundial la posición de un objeto, una persona, un vehículo o una nave⁵⁵.

La empresa puede instalar un GPS en el vehículo, tableta o móvil corporativo con el fin de controlar el cumplimiento de la jornada laboral, y utilizarlo para justificar un despido, pero únicamente será válido si ha comunicado al trabajador su instalación y los fines para los que lo implanta. En caso contrario, los datos obtenidos no se pueden aportar como prueba para acreditar un despido disciplinario.

En la STSJ 2776/2016 de Andalucía, no se aprecia vulneración del derecho a la intimidad, ni transgresión de la buena fe contractual por la empresa, al trabajador que prestaba servicios en horario nocturno, y tenía colocado en el vehículo un GPS de localización, conforme exigía el pliego de condiciones de la contrata con el Ayuntamiento para la limpieza viaria y recogida de residuos urbanos. Los GPS estaban autorizados por la Agencia de Protección de Datos

⁵⁵ <https://es.slideshare.net/josepvenancioalbornoz/gps-es-un-sistema-global-de-navegacin-por-satelite> (última consulta el 9 de mayo de 2018)

y el trabajador tenía conocimiento de ello. Se probó con los datos del GPS que el trabajador en varias ocasiones no se encontraba en el lugar donde tenía que realizar su trabajo nocturno. El TSJ de Andalucía desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Jerez de la Frontera, que absolvió a la empresa y declaró procedente el despido disciplinario del trabajador, no apreciando vulneración del derecho a la intimidad.

4.7 Mensajería instantánea

Se define por mensajería instantánea aquella forma de comunicación en tiempo real entre dos o más personas basada en un texto, texto que es enviado a través de dispositivos conectados a una red como Internet⁵⁶.

La aplicación más conocida de mensajería instantánea es la aplicación denominada WhatsApp, que permite el intercambio de textos ilimitados, imágenes, vídeos, notas de audio, compartir contactos e incluso la ubicación entre los contactos que se encuentren en la agenda del teléfono del usuario, siempre y cuando, esos contactos dispongan de la aplicación en los respectivos dispositivos electrónicos, y además requiere para su funcionamiento el registro del número de teléfono en el que se instala.

Esta aplicación de mensajería, alcanzó ya los 1.500 millones de usuarios activos al mes en todo el mundo. Así lo dio a conocer Mark Zuckerberg, dueño del servicio de mensajería, quien también informó que a través de la plataforma son enviados más de 60 mil millones de mensajes al día⁵⁷.

⁵⁶ https://www.ecured.cu/Mensajer%C3%ADa_instant%C3%A1nea (última consulta el 18 de mayo de 2018).

⁵⁷ <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/numero-de-usuarios-de-whatsapp-en-febrero-de-2018-178184> (última consulta el 20 de mayo de 2018).

Se trata del medio de prueba más adecuado para la introducción de datos o información mantenidos a través de aplicaciones de mensajería instantánea al proceso, consistente en la entrega del soporte electrónico en el que ha tenido lugar la comunicación, unido a una transcripción de mensajes⁵⁸. A su vez para garantizar su autenticidad y veracidad han de ser cotejados por el Letrado de la Administración de Justicia para que establezca diligencia de constancia de los mismos o por el Notario que levante acta notarial en la que haga referencia que la transcripción no ha sufrido alteración con respecto a la que se encuentra en el dispositivo.

Es preciso formular una característica que destaca DELGADO MARTIN en relación con este tipo de comunicación y que la hace más compleja a la hora de analizar el valor probatorio: el contenido de la información transmitida no es conservado por un servidor externo a los dispositivos electrónicos de los comunicantes⁵⁹. Esto es, únicamente se puede acceder al contenido de una conversación de WhatsApp por medio del dispositivo en el que ha tenido lugar (o en el que hayan guardado las copias de seguridad) o de forma remota en tiempo real (esta intervención podrá llevarse a cabo durante la investigación de un delito y exigirá siempre autorización judicial⁶⁰).

Frente a la utilización de WhatsApp como un medio de prueba, se encuentran los denominados “pantallazos” o “capturas de pantalla” que consisten en plasmar las conversaciones mantenidas mediante la red social y aportarlas en el acto de juicio como prueba documental en soporte de papel. Este hecho, es relativamente nuevo, debido a que es complicado poder aportar las conversaciones mantenidas a través de Whatsapp mediante transcripción,

⁵⁸ Véase STSJ 7019/2016 de Cataluña, de 28 de noviembre.

⁵⁹ DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del WhatsApp”, *Diario La Ley*, nº 8605, 2015, p.2.

⁶⁰ ARRABAL PLATERO, P., “El WhatsApp como fuente de prueba”, *El proceso penal, Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017 p. 352.

ya ha sido objeto de distintas sentencias en las que se discute su aceptación o no⁶¹.

A diferencia de Facebook, en la que la información contenida en ella es pública, no sucede lo mismo con un sistema como WhatsApp, dado que este medio no es público ni social. En ese caso, solo quienes intervengan en la conversación lo podrán aportar a un proceso judicial y, en su defecto, puede requerir ratificación por quien lo suscribe o es parte del mismo.

En caso de que la persona que aporte el mensaje no haya intervenido en la conversación y lo haya obtenido por medios ilícitos, habría una prueba indebidamente obtenida que deberá ser excluida de una valoración probatoria. Y es importante reseñar que es absolutamente recomendable en caso de que se deseen aportar conversaciones de WhatsApp a un procedimiento judicial, que éstas hayan sido previamente analizadas en un informe pericial informático. Por tanto, no es suficiente con presentar transcripciones literales realizadas ante fedatario público, ni fotocopias, ni siquiera el dispositivo original ya que, las conversaciones mantenidas a través de redes sociales pueden ser objeto de manipulación y necesitan ser autenticadas por un perito informático⁶².

Finalmente, añadir que, respecto al dictamen pericial informático, en el proceso laboral, el actor puede acompañarlo junto con la demanda (art. 80.2 LRJS). Sin embargo, a diferencia del proceso civil, el actor también puede presentar el dictamen en el acto de juicio para su ratificación (art. 93.1 LRJS). Además, el demandado, presentará el dictamen pericial en el acto de juicio dado que la contestación a la demanda se realiza de forma verbal en dicho

⁶¹http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/internet_y_tecnologia/pantallazos-medio-prueba-proceso-judicial_11_1058680002.html (última consulta el 21 de mayo de 2018).

⁶² Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 2047/2015

acto (art. 85.2 LRJS). La parte que propone la práctica de la prueba pericial en el mismo acto del juicio, debiendo justificar su pertinencia y utilidad (art. 85 y 87 LRJS)⁶³.

Si el Tribunal inadmite la prueba pericial, la parte que la propuso podrá hacer constar su protesta en el acto a efectos del recurso contra la sentencia (art. 87.2 LRJS). La denegación de la prueba debe ser motivada, pues la parte debe conocer las razones que motivan dicha decisión judicial al afectar al derecho fundamental a utilizar los medios de prueba para su defensa (art. 24.2 CE).

El Tribunal, dentro del plazo para dictar sentencia, podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, como diligencias finales, con intervención de las partes y en la forma establecida para las pruebas de su clase (art. 88.1 LRJS).

Añadir que, el TS en el auto de 14 de febrero de 2013, en relación a las condiciones para la validez de las intervenciones telefónicas por medio de “WhatsApp” y siguiendo la doctrina constitucional, consideró que no se vulneraba el secreto de las comunicaciones si el acceso a las aplicaciones del teléfono móvil, se hace previa autorización judicial mediante auto debidamente fundado y referido al encendido del teléfono y con el fin de comprobar y reseñar datos sobre las comunicaciones existentes vía SMS, MMS, WhatsApp, datos de contactos de la agenda, etc. El problema pues está en el libre acceso al contenido del teléfono, fácilmente manipulable sin control judicial.

⁶³ <http://www.abogadoscarranza.com/content/la-prueba-electr%C3%B3nica> (última búsqueda 5 de abril de 2018).

EPIGRAFE 5. CONTROL POR EL EMPRESARIO DE LOS MEDIOS INFORMATICOS

A pesar de las múltiples funciones beneficiosas, tanto de recopilación y almacenamiento de datos, como de comunicación con terceros a través de Internet que posee un ordenador personal, el acceso a su contenido podrá tener perjuicios, bien por afectar al derecho al secreto de las comunicaciones, en función de si lo que resulta desvelado a terceros son respectivamente, datos personales o datos relativos a la comunicación, o bien al derecho de la intimidad personal.

Estos perjuicios citados, son una consecuencia directa del poder de control empresarial que deriva de forma principal del art. 38 CE, que reconoce la libertad de empresa dentro de una economía de mercado. De esa libertad de empresa se deriva el poder de dirección empresarial en sentido amplio, conformado a su vez por, el poder de dirección *stricto sensu*, en base al cual el empleador organiza diariamente y con normalidad la empresa, y por otro lado, el *ius variandi* empresarial, que reconoce el poder o la potestad de realizar cambios más trascendentes en los términos y con los procedimientos que la ley y el convenio establezcan (art. 39 y ss ET). Y por último, el poder sancionador o disciplinario, en base al cual el empresario puede establecer sanciones en caso de incumplimiento del trabajador, en relación con los supuestos y términos fijados en y por la ley y en el cuadro de infracciones y sanciones que convencionalmente se hubiese pactado⁶⁴.

El control empresarial estará condicionado en su ejercicio, a una necesaria coordinación con el conjunto de derechos fundamentales que el trabajador

⁶⁴ Véase en FABREGAT MONFORT, G. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave”, Editorial Wolters Kuwer, 2015, nº 5, p. 1.

tiene reconocido en la CE como cualquier ciudadano (art. 10 al art. 30 CE).

Siendo así, se condiciona siempre en su legalidad a que su ejercicio se realice respetando debidamente «la dignidad e intimidad del trabajador», a su vez reconocidas en el art. 4.2. ET.

Ahora bien, tampoco la norma legal especifica de manera más precisa qué es lo que cabe entender por tal. Es decir, legalmente no se precisa cómo y en qué caso la vigilancia y el control en el ejercicio del poder de vigilancia y control respetan la intimidad y la dignidad del trabajador; y, al contrario, cuándo el ejercicio de la potestad fiscalizadora del empleador se hace sin atender a los derechos fundamentales del trabajador.

Evidentemente, la solución de la cuestión radica en precisar de forma coordinada el ejercicio de ambos derechos. En coordinar el poder de control empresarial, con la intimidad y dignidad de aquél a quien se controla. Lo que, dado, de un lado, la escasa mención legal y, de otro, la casuística del tema, necesariamente exige acudir a la jurisprudencia y la doctrina judicial.

Pues bien, en un principio, sobre este asunto rigió en los tribunales la denominada teoría contractualista, en virtud de la cual los derechos fundamentales del trabajador debían ceder frente al poder de dirección del empleador, en tanto en cuanto la formalización del contrato de trabajo mitigaba la posibilidad de su aplicación en tiempo y lugar de trabajo. No obstante, con el tiempo, esta teoría fue evolucionando hacia la hoy vigente teoría del triple juicio de proporcionalidad, en virtud de la cual, para que el control del empleador pueda afectar a un derecho del trabajador, sin que la afectación suponga una vulneración, es necesario que la medida empresarial supere el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁶⁵.

Dicho triple juicio consiste en observar (como ya se ha mencionado anteriormente), si la medida es susceptible y adecuada para conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); además, se deberá comprobar si es

⁶⁵ Véase en FABREGAT MONFORT, G. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El control...*, Op. Cit., p. 2.

necesaria en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución del tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés empresarial que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad).

Cuando estrictamente la medida empresarial supere la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad, en los términos expuestos, la posible vulneración al derecho fundamental del trabajador, quedará en una mera afectación legítima a favor de un adecuado ejercicio del poder de vigilancia y el control.

Es decir, si se trata de una medida de control del cumplimiento de la prestación laboral no es necesario que su adopción vaya precedida de un indicio de incumplimiento, porque no se quiere controlar a un trabajador en concreto, sino garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales. Por ello, de manera previa a su adopción se debe comunicar a todos los afectados y a sus representantes, la medida de control implantada, su finalidad laboral, y las consecuencias de lo que puede ocurrir si se detecta un incumplimiento. Sin embargo, si la medida es excepcional, exige la concurrencia de unos indicios claros y contundentes de incumplimiento y su comunicación a los representantes, aunque excepcionalmente puede no hacerse tal comunicación cuando en caso de hacerlo la convirtiesen en ineficaz, ya que evidentemente su previa puesta en conocimiento al afectado, comunicándole que se le va a controlar poniendo una medida de comprobación, al ser una medida destinada a comprobar unos indicios de incumplimiento, en caso de comunicársele a aquél la dejaría sin efecto⁶⁶.

Por eso, esta última exige la preexistencia de un claro incumplimiento laboral y un rigor estricto de aplicar el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Ya que, solo así la afectación a la dignidad e intimidad del

⁶⁶ Véase en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "El control empresarial de la mensajería electrónica como prueba de la transgresión de la buena fe contractual" *Diario La Ley*, núm. 8195, Sección Tribuna, 20 Nov. 2013, Editorial la LEY, pp. 3-5.

trabajador se aceptará, sin ser entendida como una vulneración prohibida de un derecho fundamental⁶⁷.

Así, el empresario, pese a poseer la titularidad de las herramientas de trabajo, es un tercero ajeno a la comunicación frente al que se puede oponer el secreto, de modo que no puede fiscalizar las comunicaciones privadas o profesionales.

En relación al control empresarial, la STC 170/2013, de 7 de octubre, declara la procedencia del despido de un trabajador, admitiendo como válido el hecho de haber cedido información confidencial de la empresa de la competencia, a través del correo electrónico y del teléfono móvil de la empresa. El trabajador entendía que las pruebas habían sido obtenidas con vulneración de sus derechos fundamentales, a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por tanto, eran nulas y no podían ser tenidas en cuenta para acreditar la infracción laboral imputada por la empresa.

El TC avaló y respaldó con esta sentencia que los empresarios realicen un control de los correos electrónicos de sus empleados.

Respecto a la pretendida vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en este caso concreto, sigue siendo aplicable la doctrina que ya expuso el mismo Tribunal Constitucional en su Sentencia 241/2012, de 17 de diciembre, al referir que “en el marco de las facultades de autoorganización, dirección y control correspondiente a cada empresario, no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales”.

⁶⁷ FABREGAT MONFORT, G. “El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías”, Editorial Wolters Kluwer, mayo, 2017, p.

Entendía el Tribunal que en el caso allí analizado no existía una situación de tolerancia empresarial al uso particular del ordenador, que estaba expresamente prohibido, y que por tanto no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado. Aplicada esa misma doctrina, lo que se concluyó en la STC 170/2013, es que el trabajador no podía tener una expectativa fundada y razonable de confidencialidad de las comunicaciones enviadas por correo electrónico, y por lo tanto no se producía la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones, ya que si bien en la empresa no existía una prohibición expresa del uso privado de las herramientas informáticas, sí estaba recogido como falta, en el convenio colectivo aplicable a la relación laboral, que expresamente tipificaba como falta leve la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos a los derivados de la relación laboral. En tanto la norma convencional es vinculante para ambas partes, en su relación laboral “solo estaba permitido al trabajador el uso profesional del correo electrónico titularidad de la empresa; y siendo éste el régimen aplicable, el poder de control de la empresa sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores podía ejercerse.

En cuanto al derecho fundamental a la intimidad, la sentencia llega a la misma conclusión partiendo de que el trabajador no podía contar con una expectativa razonable de privacidad. Y el TC entiende que la puesta a disposición del ordenador como herramienta de trabajo y la tipificación de su uso para fines particulares como falta laboral en el convenio colectivo aplicable constituyen una importante particularidad respecto a otros supuestos analizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde la falta de advertencia al trabajador de que podía ser controlado crea una expectativa de intimidad que debe ser protegida. En este caso, por las causas antedichas el trabajador no podía tener esa expectativa de privacidad por lo que no se ha vulnerado su derecho fundamental a la intimidad reconocido por nuestra Constitución.

Concluir diciendo, que, sin lugar a dudas, la incorporación de las nuevas tecnologías ha mejorado el control de los trabajadores, sus movimientos y desplazamientos, pero, no obstante, estos avances tecnológicos han provocado que nuestros Tribunales tengan que manifestarse sobre la colisión que provoca el control mediante estos diversos dispositivos y los derechos sobre la intimidad del trabajador y el secreto de las comunicaciones.



CONCLUSIONES

1. Tras el estudio realizado podemos comprobar que no existe un procedimiento especial para la prueba electrónica. Por ello, optamos por establecer una aplicación supletoria para la resolución de los problemas, lagunas y vacíos legales concretos que plantea esta figura e intentar colmarlos a través de la inclusión de las TICs en el procedimiento probatorio, mediante las disposiciones comunes relativas a la prueba que se encuentran reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
2. En cuanto a su admisibilidad, la prueba electrónica deberá cumplir los mismos requisitos de idoneidad, necesidad y adecuación.
3. Además de los requisitos referidos anteriormente, el juzgador deberá aplicar unos factores de ponderación específicos basados en características propias vinculadas a la especial naturaleza de la prueba electrónica, tales como: ausencia de manipulación de dicho medio probatorio, deficiencias que se pueden plantear en relación a la visualización y escucha del material probatorio intangible, o los problemas de autenticidad que se puedan plantear debido a las dificultades que existen en la distinción entre el original y la copia de este tipo de prueba.
4. Para poder aportar una prueba al proceso, bien sea electrónica o genérica, y que no sea considerada lícita, ésta debe haber sido obtenida respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos, sean parte o no.
5. Para que el control empresarial, pueda ser ejercido sin vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores, se deberá comunicar previamente a éstos la adopción de las medidas de control, su finalidad laboral, y las consecuencias del posible incumplimiento.
6. A su vez, es necesario que la medida empresarial supere el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

BIBLIOGRAFÍA

ARRABAL PLATERO, P., “El WhatsApp como fuente de prueba”, El proceso penal, cuestiones fundamentales (Coord. FUENTES SORIANO) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

ARRABAL PLATERO,P., “La videovigilancia laboral cómo prueba en el proceso”, Revista General de Derecho Procesal, nº 37, Iustel, 2015.

ASENCIO MELLADO,J., “La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita” disponible en:

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110507_02.pdf

BUENO DE MATA, F., *Prueba electrónica y proceso 2.0*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

DE LA OLIVA SANTOS,A. Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso declarativo*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

DELGADO MARTÍN,J.,. “La prueba del WhatsApp”, Diario La Ley, nº 8605, 2015.

FABREGAT MONFORT, G. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave”, Editorial Wolters Kuwer, nº5, 2015.

GIL PLANA, J., *La Prueba en el Proceso Laboral*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

GIMENO SENDRA,V., *Fundamentos de Derecho*, Civitas, Madrid, 1981.

GONZÁLEZ DÍAZ, F.,*Los medios de prueba en el proceso laboral*, Thomson Civitas, Navarra, 2005.

GONZÁLEZ VILLANUEVA, F. “Nuevas tecnologías y medios de prueba en el proceso laboral” ponencia en el curso de Derecho Trabajo, disponible en: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/11192/1/RevistaUniversitariadeCienciasdelTrabajo-2001-2-Nuevastechnologiasymediosdeprueba.pdf>

ORTUÑO NAVALÓN, M^a ., *La prueba electrónica ante los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

PINTO PALACIOS, F., y PUJOL CAPILLA, P., *La Prueba en la era digital*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

PRIETO-CASTRO, O., *Derecho Procesal Civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1975.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El control empresarial de la mensajería electrónica como prueba de la transgresión de la buena fe contractual” *Diario La Ley*, núm. 8195, 2013.

RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “Internet en el trabajo”, *Diario La Ley*, núm. 8926, 2017.

SANCHIS CRESPO, C. *Las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia*. Aranzadi, Pamplona, 2012.