



Trabajo Fin de Grado

Las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral

Presentado por:

Alejandra Lorenzo Tortosa

Tutor/a:

Santiago García Campá

Grado en Derecho
2015 – 2016

LISTA DE ABREVIATURAS

LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LJS	Ley de la Jurisdicción Social
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CE	Constitución Española
CD	Compact Disc
DVD	Disco Versátil Digital
IP	Internet Protocol
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. LOS MEDIOS DE PRUEBA	5
1. Introducción.....	5
1.1. <i>Concepto y naturaleza</i>	6
1.2. <i>La pretendida búsqueda de la verdad</i>	6
A) La adecuación a los principios y reglas del proceso.....	7
B) Las funciones de la prueba	7
a) Fijación de hechos	7
b) Convicción del juez	8
c) Certeza.....	8
1.3. <i>Objeto de la prueba</i>	9
2. La enumeración legal de los medios de prueba	10
3. El reconocimiento de la prueba videográfica en la LEC y en la LPL	12
3.1. <i>Introducción en la LEC</i>	12
3.2. <i>Introducción en la LPL</i>	14
III. LA PRUEBA VIDEOGRÁFICA.....	15
1. Objeto de la prueba	15
2. Carga de la prueba.....	15
3. Valoración de la prueba	17
4. Procedimiento probatorio	18
5. La práctica del medio de prueba	19
IV. LA PRUEBA VIDEOGRÁFICA EN EL PROCESO LABORAL.....	21
1. Su regulación en la LJS. Diferencias y especialidades respecto a la LEC.....	21
1.1. <i>Procedimiento probatorio</i>	23
1.2. <i>Práctica de la prueba</i>	23
1.3. <i>Valoración de la prueba</i>	24
2. Utilización de las redes sociales como medio de prueba en el procedimiento laboral	24
2.1. <i>Introducción. Impacto de las redes sociales</i>	24
2.2. <i>Admisibilidad de este tipo de medio probatorio</i>	25
2.3. <i>Valoración de la prueba. Derecho a la intimidad</i>	27
2.4. <i>Aportación al acto de juicio</i>	27
2.5. <i>Naturaleza jurídica de este tipo de prueba</i>	28
2.6. <i>Autenticidad y veracidad de lo publicado</i>	30
A) Autoría	30
B) Contenido de lo publicado	30
3. Doctrinal judicial más relevante	30
3.1. <i>Problemática de su uso</i>	30
A) Límites.....	31
B) Políticas de uso de herramientas informáticas	33
C) Difusión de comentarios o publicaciones en redes sociales que suponen un incumplimiento contractual	34
3.2. <i>Doctrina judicial actual</i>	34
A) Facebook.....	35
B) Whatsapp.....	36
C) Instagram	37
D) Twitter.....	38
V. CONCLUSIONES	40
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	43
ANEXO DOCUMENTAL.....	45

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral. Hoy en día nos encontramos en una etapa marcada por los grandes avances tecnológicos que afectan a todos los ámbitos de la sociedad, entre ellos el Derecho. En los últimos años se ha ido viendo cómo la revolución tecnológica está afectando también de manera intensa al mundo judicial y a la administración de justicia.

Centrándonos más en el tema del trabajo, las nuevas tecnologías también han pasado a ser fundamentales en muchas actividades profesionales. Un gran número de trabajadores hacen uso de estos avances tecnológicos en su trabajo diario. Por ejemplo, el uso de internet durante su jornada laboral puede llegar a ser excesivo, lo que podría ir contra sus obligaciones laborales. El problema particular en estos casos radica en que sólo puede acreditarse mediante pruebas electrónicas el uso indebido de la red durante la jornada laboral o fuera de ella, siempre y cuando afecte a su relación laboral; ya sea mediante redes sociales, como Facebook o Twitter, o mediante aplicaciones que permitan la comunicación instantánea entre los usuarios, Whatsapp, entre otras.

Páginas webs, chats, Whatsapp, imágenes publicadas en redes sociales o vídeos son elementos que pueden llegar a constituir nuevos medios de prueba que a diario son presentados en los juzgados y tribunales. Ello hace que se plantee si existe un reconocimiento correcto de estas pruebas y si cuentan con un procedimiento probatorio eficaz.

En el primer apartado se analiza el concepto de prueba en la jurisdicción civil. Ello servirá para poder partir de una base y, posteriormente, analizar de manera más adecuada la prueba videográfica. Del mismo modo, se hará una breve introducción de cómo se introdujo la prueba videográfica dentro del proceso civil y laboral, así como la importancia que tuvo su reconocimiento.

Seguidamente, se entra a desarrollar la prueba videográfica en la jurisdicción civil, tanto su objeto, carga, valoración, procedimiento probatorio y su práctica. Como se ha dicho anteriormente, ante la importancia que está obteniendo este medio de prueba se requiere un análisis de si es correcto su admisión en el procedimiento y si cuentan con un procedimiento probatorio completo

Por último, el tercer apartado abarcará la prueba videográfica en el proceso laboral. Haciendo hincapié en su regulación en la Ley de la Jurisdicción Social y la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También se analizará el impacto de las redes sociales en el ámbito laboral y sus consecuencias en la actualidad, tanto los límites que puede establecer el empresario, como las herramientas de las que puede hacer uso para su control. Así como

los principales problemas que se plantean en la práctica acerca del uso de las redes sociales dentro de una relación laboral.

Seguidamente, se realizará un análisis jurisprudencial de las redes sociales como medio de prueba en la jurisdicción social, donde se podrán observar los problemas que se plantean en la actualidad, así como su aportación en el juicio y su valoración por el juzgador.

El Trabajo finalizará con las conclusiones más relevantes que se desprenden del estudio efectuado en cada apartado.

II. LOS MEDIOS DE PRUEBA

1. Introducción

Con la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) se pretendía una profunda modernización de la articulación de la prueba en la justicia civil. Sus fundamentos estaban bien asentados en la anterior legislación, ya que la prueba debía ser la actividad procesal de parte para la demostración de alegaciones con el fin de lograr la convicción judicial. La anterior LEC se caracterizaba por una concepción desfasada e incompatible con los principios y con las garantías constitucionales. Se trataba, pues, de mantener y recuperar la esencia de la prueba en el proceso civil (J. MONTERO AROCA, 2015, p.319).

1.1. Concepto y naturaleza

Actualmente, se puede afirmar que «la prueba es una de las herramientas del conocimiento general, que sirve para pronunciar certeza o seguridad de que lo conocido o percibido se corresponde o coincide con la realidad. La prueba es, en este sentido, una actividad de contraste que trata de medir la relación entre una proposición y la autenticidad de los hechos, permitiendo pasar por una hipótesis» (MONTERO AROCA, 2015, p.319). Por tanto, se puede definir como una actividad de demostración, de verificación, actividad de comprobación o confirmación.

De acuerdo con el autor citado (2011, p.43) «el estudio de la prueba puede ser calificado como uno de los más importantes de la ciencia del Derecho y especialmente del Derecho Procesal, puesto que constituye la esencia del proceso y su justificación como tal».

Los hechos que determinan el objeto del proceso llegan al conocimiento del juez por medio de las afirmaciones de las partes, pero en la mayoría de las ocasiones esas afirmaciones son contradictorias. Este hecho es el que da lugar a la aparición de la prueba. Es necesaria la actividad probatoria para que el juzgador pueda confirmar o verificar los hechos alegados por ambas partes. De este modo, el artículo 281 LEC establece el objeto y la necesidad de la prueba sobre aquellos hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, así como la costumbre y el derecho extranjero. Sin embargo, están exentos de prueba, de acuerdo a lo establecido en el apartado 3º mismo artículo, los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en casos donde la materia objeto del proceso esté fuera del poder de los litigantes, del mismo modo no será necesario probar hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

1.2. La pretendida búsqueda de la verdad

Tradicionalmente, la función de la prueba ha sido el descubrimiento de la verdad. La prueba tiene que ser un intento de verificar, de la manera más próxima posible a la verdad, las afirmaciones de hecho de las partes. Ese intento debe realizarse dentro del proceso y con sujeción a ciertos principios procesales. Desde ese punto de vista deben entenderse las afirmaciones que se han hecho tradicionalmente sobre la función de la prueba, que atiende a la búsqueda y descubrimiento de la verdad, en dicho sentido J. VICENTE y CARVANTES (1856, p.124) vino a pronunciar doctrina definiendo así que «las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad».

A) *La adecuación a los principios y reglas del proceso*

Los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen para el juez, que no puede salir en búsqueda de los mismos; los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia; respecto de los hechos controvertidos la actividad probatoria no es de investigación, sino simplemente verificadora.

La búsqueda de la verdad a *cualquier precio* no es la finalidad última de la prueba civil, de acuerdo con J. BELTRAN FERRER (2002, pp.437 y ss). La prueba debe referirse sólo a los hechos afirmados por las partes que resulten controvertidos, si los medios de prueba a practicar son los propuestos por las partes, si esos medios de prueba deben practicarse según la norma reguladora de los mismos, si se trata de verificar y no de investigar y si en la verificación no todo vale. Todo ello al final quiere decir que la prueba tiene que coexistir con otros principios del proceso. De acuerdo con J. MONTERO AROCA, (2011, p44) la función de la prueba no puede por tanto suscitarse en el vacío de lo abstracto, sino que debe incardinarse en los ordenamientos jurídicos en concreto y ello supone que debe adecuarse a los principios y reglas que conforman el proceso y, más allá, a la función de la jurisdicción.

B) *Las funciones de la prueba*

La prueba tiene la función de fijar hechos, convencer al juez y buscar la certeza.

a) *Fijación de hechos*

La prueba sirve para establecer los hechos conforme a lo dispuesto en la ley. La ley regula una serie de mecanismos que el juzgador tiene que utilizar para llegar a la fijación de los hechos y esa fijación es la función de las normas probatorias.

El artículo 285 LEC regula la resolución sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas por las partes. En su apartado primero establece que el Tribunal resolverá sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas. Por ello, el artículo 283 LEC

determina que no deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con el objeto del proceso, deba considerarse impertinente; tampoco debe admitirse, en el mismo artículo, por inútiles, aquellas pruebas que en ningún caso pueden ayudar a esclarecer los hechos controvertidos y; nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley¹.

b) Convicción del juez

La prueba también es el conjunto de operaciones por medio de las cuales se trata de obtener el convencimiento del juez respecto a unos datos determinados. Como establece el artículo 282 LEC, la iniciativa de la actividad probatoria recae sobre las partes del procedimiento para tratar de desvirtuar aquello que la parte contraria alegue y conseguir el convencimiento del juez. Sin embargo, como dice el citado artículo, el tribunal también podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios de prueba o instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley².

Aquí entra en juego la carga de la prueba, la cual se define como la obligación procesal del deber de demostrar un hecho. Quien tiene la carga de la prueba es quien debe demostrar el incumplimiento de la Ley. Así se establece en el artículo 217.2 LEC. Es el denominado “*Onus Probandi*” y su fundamento es que aquella persona que involucre a otro en la autoría de un determinado incumplimiento legal, debe demostrarlo.

Como excepción, se habla de la “inversión de la carga de la prueba”, es decir, que será el demandado quien debe hacer la correspondiente demostración.

c) Certeza

La dificultad de obtener la verdad y el hecho de que el proceso no puede dejar de estar sujeto a principios y reglas conformadoras, reconduce la prueba a la certeza o, si prefiere, a la existencia de elementos suficientes en las actuaciones para tener por probadas las afirmaciones de hechos de las partes (GUASP, 1977, p.321).

Se debe llegar a la certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes mediante los siguientes modos:

¹Se entiende por prueba ilícita aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. Dicho concepto se deduce del artículo 11.1 LOPJ el cual establece que “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales”.

²Artículo 435 LEC en que el que regulan las diligencias finales por el cual se establece que «sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba» siempre que no se practiquen aquellas que ya se hubiesen podido probar; sí se podrán practicar aquellas que por causas ajenas a la parte que las hubiese propuesto, no se hubiesen podido practicar; y aquellas que se consideren como pertinentes por referirse a hechos nuevos, previstos en el artículo 238 LEC.

- Se excluye la prueba de las afirmaciones de hecho de las partes sobre las que existe conformidad entre ellas. Los hechos sobre los que las partes están concordes existen para el juez y quedan excluidos de la prueba y ello hasta el extremo de que si no existen hechos controvertidos ni siquiera se practica medio alguno de prueba (J.M, ASECIO MELLADO, 2015, p.109).
- Se establece en la ley el valor que el juzgador debe conceder a un determinado medio de prueba. ³
- Otras veces el juzgador debe conceder a un medio de prueba el valor que estime oportuno en relación a las reglas de la sana crítica, con lo que la certeza se pone en relación con el conocimiento psicológico del juez. En este caso cabe hablar de certeza subjetiva frente a la certeza objetiva.⁴

1.3. Objeto de la prueba

Una vez determinado qué debe entenderse como prueba, debemos pasar a estudiar sobre qué recae la prueba, también conocido como objeto de prueba y, frente a éste, la necesidad de la prueba.

En el artículo 24.2 de la Constitución Española (en adelante CE) se recoge, con la naturaleza de fundamental, el derecho a «utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa», derecho que tiene su campo de aplicación en todos los procesos.

El derecho a la prueba es un derecho subjetivo, de contenido procesal y de rango fundamental, sin perjuicio de que luego se trate de un derecho de configuración legal. Se ha querido llegar a la conclusión de que el derecho a la prueba es un derecho instrumental, en el sentido de que es un instrumento o complemento al derecho de defensa, según J. MONTERO AROCA (2011, p.106).

El objeto de la prueba hace referencia a las realidades que pueden ser probadas, con lo que se incluye, primero y principalmente, todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva un mandato o regla. También deben incluirse las normas mismas, puesto que nada impide que recaiga sobre ellas la actividad probatoria. Por tanto, dentro de los hechos se comprenden (DÉVIS ECHANDÍA ,2002,

³Cuando la ley establece una norma de valoración lo que dice, por ejemplo, es que la afirmación de hecho realizada por una parte que se ha verificado por un documento público ha de ser tenida como cierta por el juez. Es decir, de las actuaciones se desprende la necesidad de entender como probada una afirmación de hecho por una parte y ello sin referencia a la convicción psicológica del juez.

⁴La certeza objetiva se puede entender como aquella que es independiente al criterio del juez, sino de acuerdo a lo dispuesto en la ley. Por otro lado, la certeza subjetiva sería aquella en la que entra en juego la decisión del juez, pero sin olvidar la necesidad de motivar la sentencia, debiendo razonar cómo ha llegado a formarse su convicción partiendo de los medios de prueba practicados.

pp.135 y ss):

1º) Todo lo que puede calificarse de conducta humana, los sucesos o acontecimientos, los hechos y actos humanos, involuntarios o voluntarios, individuales o colectivos, sus circunstancias en tiempo, lugar y modo.

2º) Todos los hechos de la naturaleza, es decir, aquellos en los que no interviene la voluntad humana.

3º) Las cosas o los objetos y materiales y los lugares, es decir, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre o sobre ellos haya incidido o no la actividad humana.

4º) La propia persona humana, en cuanto realidad material, puede ser objeto de prueba, tanto en lo que se refiera a su misma existencia como a sus condiciones físicas y mentales, sus aptitudes y cualidades.

5º) Los estados psíquicos o internos del hombre.

Por tanto, el objeto de la prueba atiende a lo que en general debe probarse y, a continuación, se cuestiona qué se entiende por hechos y si la prueba pueda recaer sobre alegaciones de Derecho⁵. La doctrina clásica refería el objeto de la prueba a los hechos. Fue CARNELUTTI (1947) el primero que se refirió al objeto de la prueba, no a los hechos, sino a las afirmaciones de las partes relacionadas con los hechos.

Frente al objeto de la prueba se encuentra el tema de la prueba. Se habla de tema de la prueba cuando se hace referencia a lo que debe probarse en un proceso en concreto para que el juzgador declare la consecuencia jurídica pedida por la parte (MONTERO AROCA, 2011, p.76). Pero también se refiere a los que no necesitan ser probados. Estos últimos que no necesitan ser probados son los hechos no controvertidos; los hechos notorios, aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de un determinado grupo social; y, por último, los hechos favorecidos por presunción legal.

2.La enumeración legal de los medios de prueba

Si se debe probar con los medios de prueba hay que cuestionarse cuáles son éstos y nuestro derecho positivo nos ofrece una enumeración en el artículo 299.1 de la LEC, estableciendo que éstos son los medios de prueba que pueden usarse en juicio:

⁵GUASP no empleaba la palabra hechos, sino datos. Por ejemplo, en *Derecho Procesal Civil* pág.329 y ss distinguiendo luego entre datos de hecho y datos normativos o de derecho. También puede decirse que los objetos de la prueba son hechos y lo que a ellos se asimila, como la costumbre y el derecho extranjero, además de las máximas de la experiencia.

- 1.º) Interrogatorio de las partes.
- 2.º) La prueba documental.
- 3.º) La prueba pericial.
- 4.º) La prueba de reconocimiento judicial.
- 5.º) La prueba testifical.
- 6.º) Las presunciones como método de prueba.

En relación a la enumeración legal sobre los medios de prueba, J. MONTERO AROCA, (2011, p.145) quiso advertir de la multitud de denominaciones que se empleaban por los distintos autores, como podría ser elementos, fuentes, medios, materias, tema, resultado y creando así gran confusión, así como una mayor dificultad a la hora de entender la materia. S. SENTÍS MELENDO (1979, p.342) quiso advertir que «con la expresión fuente de prueba nos estamos refiriendo a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso, los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso. La fuente es anterior al proceso y existe independiente a él; el medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancia y material; el medio lo adjetivo y formal».

El artículo 299 LEC añade, a los contemplados anteriormente, en su apartado 2º. *“También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten 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.”*

Así mismo en el apartado 3º de dicho artículo se establece que *“Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.”*⁶.

A. CASTRO MENDES (1961) ha denominado como «caos terminológico» lo referente a la prueba que se establece en el apartado 3º del artículo 299 LEC. Es decir, en referencia a dejar una puerta abierta, dentro de la legislación, a cualquier medio técnico que se llegue a

⁶ STSJ Galicia, sala de lo social sección 1ª, de 26 de enero de 2005, nº 6022/2014 en la que se admite dentro del amparo del artículo 299.3 LEC los informes de detectives privados como medios de prueba.

descubrir en un futuro para así aportar cualquier prueba.

Para L. MUÑOZ SABATÉ (2007, p.20), el apartado tercero del presente artículo suponía un paso del denominado *numerus clausus a numerus apertus*, ya que en la práctica ya se reconocía la posibilidad de incluir los avances técnicos en alguno de los medios de prueba. Autores como V. SILVA MELERO (1963, p.34) defendían la apertura de la regulación de los medios de prueba, en cuanto «no era conveniente que las leyes pretendieran realizar enumeraciones taxativas, porque con el paso del tiempo las convertiría en obsoletas, al irse inventando y descubriendo nuevas fuentes. Éstas debían quedar indeterminadas y siempre ser *numerus apertus*».

J. SEGALÉS (2002, p.109) aportó que «lo que respecta a la prueba videográfica dentro del proceso laboral, supone, del mismo modo que su introducción en la LEC de 2000, que el legislador no sólo ha dado acogida a estas fuentes de prueba, sino que, además, ha pretendido abrir la norma al futuro, tal y como demuestra el artículo 299.3 LEC alusivo a cualquier otra fuente de prueba no expresamente prevista en la norma, llevando la norma hacia un sistema de *numerus apertus*. Sin embargo, la imposibilidad de preestablecer un régimen para tales medios obliga al legislador a entregar al juez una especie de apoderamiento, cuyo objeto sea el de adoptar las medidas oportunas a fin de extraer rendimiento a aquellas nuevas fuentes desconocidas».

3. El reconocimiento de la prueba videográfica en la LEC y en la LPL

3.1. Introducción en la LEC

Durante mucho tiempo se ha debatido en la doctrina y jurisprudencia sobre la admisión de lo que se llamaba nuevos medios de prueba y que se referían en realidad a fuentes de prueba desconocidas cuando se elaboró la doctrina de la prueba y cuando se promulgó la LEC de 1881.

Previamente al reconocimiento de la prueba videográfica hubo un rechazo inicial hacia los mismos. Los medios de representación de la imagen y el sonido fueron, en primer momento, inadmitidos en el proceso civil por considerarse que los mismo no estaban incluidos en las listas de medios de prueba que se contenían en la LEC de 1881. En la situación anterior a la LEC de 2000 existían dos enumeraciones de los medios de prueba, una contenida en el artículo 578 de la LEC de 1881 y otra en el artículo 1215 del Código Civil (en adelante CC), normas que han sido derogadas con la nueva LEC de 2000. Aquellas dos enumeraciones no eran sustancialmente diferentes, únicamente se diferenciaban en las presunciones y no significaba, en ningún sentido, que el CC contuviera un medio de prueba que era desconocido por la LEC.

La primera admisión fue la de las cintas magnetofónicas, aunque con la duda de si se admitía como medio de prueba del reconocimiento judicial o de la documental.

Al final de la vigencia de la LEC de 1881, finales del s. XX, se había llegado a la conclusión de que los vídeos o las cintas magnetofónicas y, en general, todos los medios de reproducción del sonido y la imagen debían considerarse documentos, como así estableció J. MONTERO AROCA. (2011, p.469).

Estos medios probatorios tuvieron su primer reconocimiento expreso en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El largo camino que supuso la plasmación de estos nuevos medios de prueba en la LEC del 2000 empezó con la fotografía y alcanzó a la informática en todas sus variantes y ha finalizado plasmándose en el artículo 299 punto 2 y 3 de la LEC. La Exposición de motivos de la LEC expresa que se introducen en materia de prueba «numerosos e importantes cambios. Cabe mencionar, como primero de todos ellos, la apertura legal a la realidad de cuanto puede ser conducente para fundar un juicio de certeza sobre las alegaciones fácticas, apertura incompatible con la idea de un número determinado y cerrado de medios de prueba. Además, resulta obligado el reconocimiento expreso de los instrumentos que permiten recoger y reproducir palabras, sonidos e imágenes o datos, cifras y operaciones matemáticas». Se trataba por tanto de abrir la posibilidad de admitir como prueba cualquier nuevo invento de la ciencia o de la técnica de cara al futuro, y le da al juez la facultad de adoptar las medidas que estime oportunas, lo que tiene que suponer que se atribuye a éste la facultad de admitir cualquier fuente de prueba.

El artículo 299.2 LEC recoge como nuevos medios de prueba los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten 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.

Hace referencia a todo un conjunto de medios de reproducción del sonido y de la imagen y a todo un sistema de medios de fijación y de reproducción de información, que en la actualidad se han convertido en algo usual en nuestras vidas. Se trata de medios no únicamente escritos y en soporte muy diferente del papel y similares.

Los motivos que llevaron a esta nueva regulación de los medios de prueba en la LEC de 2000 fue una apertura legal a la realidad además como un obligado reconocimiento expreso de los instrumentos que permitieran recoger o reproducir palabras, sonido e imágenes o datos, cifras y operaciones matemáticas. La introducción de estos denominados nuevos medios de prueba se puede considerar como una aportación sobresaliente por parte de la

nueva LEC, como así definió J. MONTERO AROCA (2011, p.475). El legislador no sólo ha dado la necesaria acogida a aquellas fuentes de prueba, sino que, además, ha pretendido abrir la norma al futuro, así alude el artículo 299.3 LEC. Asimismo, la imposibilidad de preestablecer un régimen para tales medios obliga al legislador a entregar al juzgador una especie de apoderamiento, con el objeto de adoptar las medidas oportunas a fin de extraer rendimiento a aquellas nuevas fuentes aún desconocidas.

Por un lado, el artículo 299.2 LEC tiene en cuenta la existencia de medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen. Por otro lado, recoge los instrumentos capaces de archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas. La diferencia entre una y otra manifestación recae en la función de cada una de ellas.

Por ello, la realidad de nuestros días son las grabaciones sobre cualquier hecho lo que se está convirtiendo en un hecho cotidiano y que posee una especial importancia si tales hechos grabados son objeto de enjuiciamiento.

3.2. Introducción en la LPL

Anteriormente a la introducción de la prueba videográfica en la LEC del año 2000, hecho que se consideró como notorio por estar provocando una apertura a la realidad además como un obligado reconocimiento expreso de los instrumentos que permitieran recoger o reproducir palabras, sonido e imágenes o datos, cifras y operaciones matemáticas, el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, ya se contenía en su artículo 90 una mención a estos nuevos medios de prueba que serán incorporados por la LEC cinco años después. Así, el artículo 90 LPL establecía que «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».

Dicho artículo se mantuvo hasta la derogación de la citada ley en el año 2011. Y su enunciado se ha mantenido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en cuyo artículo 90.1 se establece que «Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios

necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos».

Por todo lo dicho, se aprecia una anticipación de la LPL respecto de la LEC en cuanto a la introducción de la prueba videográfica en el proceso laboral respecto del civil.

III. LA PRUEBA VIDEOGRÁFICA

1. Objeto de la prueba

En el artículo 299.2 LEC se recogen los instrumentos que sirven para la reproducción de la palabra, el sonido o la imagen, y los instrumentos que sirven para archivar conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

Se introduce en el apartado 3º del mismo artículo cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

Con la primera prueba el legislador quiere que tengan cabida en el proceso civil directamente las películas, cintas de vídeo, casetes de grabación; con la segunda, los disquetes flexibles y discos duros de ordenador, los CD's y DVD's, el correo electrónico, ficheros informatizados, así como cualquier otro medio técnico de estas características que en el futuro se pueda inventar. Sin embargo, en el apartado 3º se deja plena libertad y autonomía a las partes para que puedan aportar otros medios de prueba que puedan surgir en un futuro y que no se encuentren regulados en la actualidad por no ser conocidos hasta el momento.

Es fácil advertir que el legislador ha incurrido en un error ya tradicional. Los instrumentos de reproducción del sonido (la palabra es sonido) y de la imagen y los instrumentos que permiten archivar y conocer palabras escritas, datos y cifras son las fuentes de prueba, no el medio de prueba en sentido estricto.

En este apartado se va a analizar la prueba videográfica desde su perspectiva en el ámbito civil, desarrollándose con posterioridad en el ámbito laboral en el punto siguiente. Se debe advertir que los artículos 85.8, 87 y 90 LJS, relativos a la prueba, apenas regulan o introducen aspectos nuevos a la regulación realizada en la LEC, siendo de aplicación la Disposición Final 4ª que establece la supletoriedad de la LEC respecto de todo aquello que no se encuentre en la LJS, especialmente intensa en materia de prueba.

2. Carga de la prueba

Desde el punto de vista práctico – procesal, la aportación de tal medio de prueba se puede hacer mencionándolo en el escrito de demanda o en su contestación. Tal aportación resulta fundamental si queremos aportar al procedimiento el hecho o estado de un objeto que constituye la controversia del pleito. Así, en el artículo 382.1 LEC se establece que «las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte deberá acompañar, en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso.» A su vez en el apartado 2º de dicho artículo se establece que “la parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido».

En cuanto al formato en el que se puede aportar el medio de prueba, aunque la Ley no precisa ningún criterio, es aconsejable que sea uno que pueda ser compatible con el sistema informático que empleen los Tribunales y Juzgados. Si se tratase de un soporte que requiriese de conocimientos especiales por tratarse de una materia ajena al conocimiento del juez, entonces el soporte en el que se aporte la prueba debe ser parte de un informe pericial a los efectos que conste en las actuaciones no sólo el qué se está visionando, sino también el por qué, lo cual es esencial para determinar la existencia de responsabilidad en el procedimiento. El artículo 352 LEC viene a establecer que «cuando sea necesario o conveniente para conocer el contenido o sentido de una prueba o para proceder a su más acertada valoración, podrán las partes aportar o proponer dictámenes periciales sobre otros medios de prueba admitidos por el tribunal al amparo de lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 299».

En el caso de que se interesase captar palabras pronunciadas por alguna persona, siendo ello relevante en el procedimiento, es aconsejable aportar su transcripción, puesto que tal grabación será susceptible de ser cotejada por la propia persona que o bien dijo tales palabras o expresiones, o bien las escuchó. Tal relevancia impedirá, en el acto del interrogatorio, de parte o testifical, que la aludida persona se retrotraiga de lo aludido o indicado en esa grabación.

En cuanto al momento procesal para aportar el medio de prueba en el procedimiento será junto con la demanda o contestación, en la audiencia previa, en el proceso civil, por parte

del demandante o por ser de fecha posterior cuando se realizó. Debe tenerse en cuenta que el estado del hecho que versa la controversia queda reflejado en dicho medio de prueba para que el Juez sea quien determine dicha circunstancia directamente, ésto es, sin que el juez tenga que figurar un hecho o un estado a partir de declaraciones de terceros, lo cual impide la distorsión de la realidad.

De este modo, los dictámenes y medios de prueba instrumentales que pueden aportar las partes, ya sea una como apoyo y la otra cuestionando la autenticidad de los hechos, son documentos que deben de acompañar a la demanda. Se trata de documentos relativos al fondo del asunto y se aportan en dicho momento porque se trata de pruebas pre constituidas, que preexisten al proceso y cuya práctica se agota con su aportación.

Así, en los momentos iniciales del proceso, además de la demanda o personación de documentos que acrediten ciertos presupuestos procesales, es de gran importancia, para la información de la parte contraria, la presentación de documentos sobre el fondo del asunto, a los que la regulación de la LEC añade medios e instrumentos en que consten hechos fundamentales para las pretensiones de las partes, así como los dictámenes escritos y ciertos informes sobre hechos.

3. Valoración de la prueba

Según el artículo 382.3 LEC el tribunal valorará las reproducciones de palabras, imágenes y sonidos según las reglas de la sana crítica. Igualmente, el artículo 384.3 LEC establece que el tribunal valorará los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase conforme a las reglas de la sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza. Se trata de la misma norma y en los dos casos se alude a la valoración conforme a las reglas de la sana crítica.

Estas normas de la sana crítica siguen lo dispuesto en general en la propia LEC en la que es común la referencia del valor probatorio de los diversos medios a la sana crítica, aunque sí existen normas legales de valoración cuando se trata de documentos públicos y privados. Respecto de los medios de prueba la norma sobre la valoración de los mismos no ha presentado problemas para su aplicación respecto de los medios de reproducción de la imagen y del sonido, pero sí respecto de los instrumentos informáticos.⁷

⁷. En relación a la valoración de la prueba videográfica podemos hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de marzo de 2003 (AC 2003, 1167) en la cual se trata de fijar el valor de una grabación de voz en la que se recogían las palabras de varias personas. La misma afirma que el valor probatorio de dicha prueba no es el del artículo 319 LEC que se refiere a la fuerza probatoria de los documentos públicos comprendidos en el artículo 317.1 a 6 LEC, sino que se deriva de los artículos 382 a

Por tanto, la prueba videográfica se valora de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Este concepto configura, según E.J. COUTURE (1993, p.268), una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la rigidez de la primera y la incertidumbre de la segunda, se configura como una buena fórmula para regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. En virtud de ella se deja la apreciación libre de los jueces y tribunales, pero sin que pueda ser manifestada equivocada, arbitraria o irracional.

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez. Tanto unas como otras contribuyen a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. Por tanto, la sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia (Abel Lluch, 2015).

4. Procedimiento probatorio

El procedimiento probatorio se distingue en la LEC en función de si estamos ante reproducción o ante archivo, fijando las reglas mediante la que el juez visionará, oír o comprobará los resultados que el proponente desee, sin perjuicio del derecho de contradicción de la otra parte.

En los dos casos, medios de reproducción e instrumentos de archivo, deberán de acompañarse a la demanda o a la contestación si en ellos se fundaran las pretensiones de tutela formuladas por las partes, aunque luego no se hace alusión en el artículo 265.1. 2º LEC la necesidad de presentar copia.

Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, como se señala en el artículo 382.1 LEC. A esta proposición las partes pueden acompañar la transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte y que resulten relevantes para el caso y los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes.

También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y la exactitud de los reproducidos. La proposición del medio de prueba no necesita por tanto acompañar una copia para la otra parte. Sin embargo, no queda claro cómo debe realizarse la proposición en concreto, aparte de que debe hacerse en la audiencia previa al juicio, ni cómo adquiere la otra parte conocimiento exacto de la

384 LEC en particular del tercer apartado de este último artículo el cual precisa que el tribunal valorará los instrumentos que se refiere el artículo 384.1 LEC conforme a las reglas de la sana crítica aplicable a aquellos según su naturaleza.

proposición.

La documentación del acto de práctica de la prueba se recoge en el artículo 381.1 LEC del cual se puede deducir que en el acto del juicio debe procederse a ver la reproducción de la imagen y a oír la reproducción del sonido.

Se levanta acta, en la que se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas. El juez podrá acordar que se realice una transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas, siempre que sea de relevancia para el caso, la cual se unirá al acta. Por último, se conservará por el órgano jurisdiccional el soporte donde queden grabadas las palabras, imágenes o sonidos reproducidos.

Como anteriormente se ha señalado, el procedimiento probatorio difiere en cuanto a si se trata de medio de reproducción o de archivo. Respecto a los instrumentos de archivo, conocimiento o reproducción de palabras, datos y operaciones matemáticas las partes pueden aportar al proceso y pedir que sean admitidos como medios de prueba dichos instrumentos como se señala en el artículo 384 LEC. Los requisitos que se establecen son dos: 1) que sean relevantes para el proceso; y 2) que hayan sido llevados a cabo con fines contables o de otra clase. Son examinados por el juez con los medios que la parte proponente aporte o que el juzgado disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que ellos crean. Las partes pueden acompañar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que consideren convenientes. La práctica de la prueba exige que el acto del juicio o vista se tomó conocimiento directo del contenido del disquete, el disco duro del ordenador o del CD-room. Finalmente, la documentación del acto se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del secretario, quien, en su caso, adoptará también las medidas de custodia que resulten necesarias.

5. La práctica del medio de prueba

La práctica de dichos medios de prueba no es realmente la admisión de una cosa física, como el CD de audio o vídeo, sino que es «la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes» como así establece el artículo 382.1 LEC. La proposición de estos medios puede hacerse, bien al acompañar el soporte con la demanda o con la contestación, bien en el acto de la audiencia previa, bien en la vista y, en todo caso, para que la práctica se realice bien en juicio o bien en la vista, en atención al proceso civil, ya que, como se verá

posteriormente, en el proceso civil se realizará en el acto del juicio.

Tratándose de medios audiovisuales existe necesariamente práctica y la misma consiste en reproducir lo filmado o lo grabado y en el momento normal de práctica de los otros medios de prueba, éste es en el juicio o en la vista. Aunque esta necesidad de la práctica de la prueba, es decir, de la reproducción en el juicio o en la vista, no depende de que la parte contraria disponga de copia del medio. Se disponga o no de copia, la reproducción en el momento de la práctica de las pruebas tiene que hacerse necesariamente. La única duda que pudiera surgir sería que los hechos que pretenden probarse con este medio de prueba hubieren sido admitidos por la parte contraria a la que lo presentó y a quien perjudican, pues en este caso podría sostenerse que se trata de hechos no controvertidos y, por lo tanto, de hechos excluidos de la prueba. En este caso no supone que no haya práctica de la prueba, sino que el medio no será admisible, algo que es distinto.

Lo único que establece el artículo 384.1 LEC es que los instrumentos que han sido admitidos como prueba «serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga». Con esta expresión no se está dejando claro si con estos instrumentos es o no necesaria la práctica de la prueba, entendida como actividad que debe desarrollarse en el juicio o en la vista.

Así, el artículo 289 LEC distingue entre la presencia judicial y la actividad que puede realizarse ante el secretario. Para disponer de la presencia judicial es inexcusable en la reproducción de palabras, sonidos e imágenes y, en su caso, cifras y datos, mientras que es suficiente con la presencia del secretario judicial para la presentación de documentos y la aportación de otros medios o instrumentos probatorios, sin perjuicio de que el tribunal tendrá que examinar por sí mismo la prueba documental, los informes y dictámenes escritos y cualquier otro medio o instrumento que se aporten.

El artículo 300 LEC establece el orden de la práctica de los medios de prueba en el juicio o en la vista, éste no alude ni a los documentos, ni a los instrumentos informáticos y sí a todos los demás, incluyendo la reproducción de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes.

El artículo 431 LEC al establecer la finalidad del juicio aludiendo a la práctica de la prueba, no se refiere ni a la documental ni a los instrumentos informáticos y sí lo hace a la reproducción de palabras, sonidos e imágenes.

De estos últimos artículos se puede deducir que no es necesaria la práctica de la prueba

de los medios informáticos, de la misma manera que ocurre con los documentos, debiendo examinarlos únicamente el tribunal.

Lo expuesto anteriormente se ve desvirtuado por el artículo 384.1 LEC el cual establece que el examen por el tribunal tiene que hacerse de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga. En relación a lo que las demás partes puedan tomar en conocimiento, alegar y proponer, de entrada, el tribunal, con el fin de que las demás partes conozcan, les dé traslado de copia del instrumento. Se trata de que el tribunal tiene que asegurar el conocimiento, para lo que de oficio debe darles traslado de la copia, incluso aunque no haya sido presentada por la parte proponente del medio de prueba. Con ello las partes tendrán la posibilidad de adquirir el mismo conocimiento que el tribunal.

Todo ello debe hacerse en el momento procesal que permita asegurar, no sólo el mero conocimiento, sino también la posibilidad de alegar sobre la autenticidad y de proponer, es decir, de aportar dictámenes y otros medios de prueba respecto de la autenticidad y exactitud del instrumento. Esto significa que en el juicio ordinario las alegaciones se realizan en los escritos iniciales y también en la audiencia previa y la proposición de la prueba se hace en la misma audiencia, lo que implica que si los instrumentos informáticos se han presentado con la demanda o con la contestación el traslado tiene que haberse efectuado antes de esa audiencia. Cuando el medio se proponga en la misma audiencia debe darse traslado inmediatamente para que las demás partes puedan proponer lo que estimen oportuno. En el juicio verbal si el soporte informático se ha presentado en la demanda se dará traslado de la copia antes de la vista, y si se presenta en la vista deberá estarse a que el conocimiento se toma en ella con todas las consecuencias.

Por todo ello, parece que lo procesalmente correcto es que el instrumento sea examinado por el juez y por todas las partes en el juicio o en la vista, salvo que las demás partes hayan admitido la autenticidad de mismo y no surja la necesidad de examinarlo.

IV. LA PRUEBA VIDEOGRÁFICA EN EL PROCESO LABORAL

1. Su regulación en la LJS. Diferencias y especialidades respecto a la LEC

J, GIL PLANA (2005, pp.36 y ss) partía de que el legislador intentó regular el procedimiento laboral de forma plena y suficiente, es decir, buscaba la plenitud legislativa, pero sin conseguir ser todo lo satisfactoria que se esperaba. La legislación laboral no llega a ser

suficiente y, debido a ello, surge la cuestión de la incidencia de otras normas en la regulación laboral. De todas las normas que inciden en la regulación laboral, la que mayor transcendencia adquiere es la ley procesal civil.

Las relaciones entre la Ley de la Jurisdicción Social (en adelante LJS) y la LEC se han sustentado tradicionalmente a través de una cláusula de supletoriedad contenida en la Disposición Final Cuarta de la LJS la cual establece «En lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en los supuestos de impugnación de los actos administrativos cuya competencia corresponda al orden social, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y en cuanto sean compatibles con sus principios», es decir, reclama el auxilio de la segunda en lo no previsto en la primera, teniendo en cuenta además el que la propia LEC ha incorporado en su artículo 4 una cláusula añadida de supletoriedad en la que se establece que «en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos laborales serán de aplicación los preceptos de la presente ley». A ésto, debería añadirse algunas remisiones expresas hechas por la LJS, dentro de las cuales podría incluirse la contenida en el artículo 90.1 LJS «Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos». En relación a lo dicho anteriormente, se puede observar como dicha regulación de supletoriedad se ha visto reforzada con la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

J. GIL PLANA (2005, p.44) define así «esta cláusula de supletoriedad supone la aplicación de una norma a un supuesto determinado cuando la norma llamada en primer lugar a regularlo no contiene referencia alguna al mismo, es decir, que la norma que suple se aplica en defecto de normativización de dicho supuesto en la norma suplida, siendo dicho modo de interrelación el «usual» cuando se trata de distintos sectores del ordenamiento jurídico». Por tanto, este modo de incidencia opera sólo cuando no hay regulación prevista en la norma que ordinariamente está llamada a regular dicho supuesto.

Una característica de la supletoriedad es que únicamente puede establecer relaciones entre la norma reguladora del procedimiento laboral y la norma que regula el procedimiento civil. Es decir, frente a la pluralidad de normas, la supletoriedad se construye sobre una única norma. (RÍOS SALMERÓN Y SEMPERE NAVARRO, 2001, p.203)

La sustitución opera entonces sobre los preceptos que eran reclamados expresamente desde la LJS a la LEC a través de la señalada Disposición Adicional 1ª LJS y artículo 4 LEC, como podría ser el caso de las reglas sobre la valoración de la prueba, antes repartidas entre el CC y la LEC de 1881, y actualmente unificadas en la LEC.

Para que pueda aplicarse la supletoriedad en materia de prueba contenida en la LEC es necesario que se lleve a cabo un juicio previo de aplicabilidad, consistente en determinar si existe o no vacío normativo o defecto de regulación de la norma laboral. En principio, se puede afirmar con carácter general, sobre todos los aspectos de la prueba, como son, entre otros, el objeto la admisión y la práctica, la técnica de incidencia es la supletoriedad por mandato de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la LJS y el artículo 4 LEC. Además, el propio artículo 87 LJS remite en varias ocasiones a lo dispuesto en la LEC en relación a la prueba.

De este modo, las diferencias que se pueden apreciar en la regulación de la LJS respecto de la LEC, se deben destacar las siguientes notas en relación a su incorporación al proceso, la práctica de la prueba y su valoración. Señalando que no se aprecia ninguna especialidad respecto de lo explicado en el punto anterior sobre la prueba videográfica en su regulación en la LEC.

1.1. Procedimiento probatorio

El procedimiento probatorio en el ámbito laboral se halla regulado en los artículos 87 y 90 y siguientes LJS, los cuales no contienen menciones específicas en orden a su incorporación al proceso. Esta falta de previsión puede ser parcialmente subsanada mediante la aplicación supletoria de las reglas que los artículos 382 a 384 LEC establecen en relación con la actividad probatoria de los denominados medios audiovisuales y de los soportes informáticos. No obstante, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (1994, p.18) afirma que «/las diferencias existentes entre el proceso civil y el proceso laboral, siendo el primero eminentemente escrito, y el segundo un procedimiento regido por los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad, impiden una aplicación automática de aquellos preceptos».

Se observa una diferencia respecto al proceso civil, y es que en este último la prueba audiovisual se debe proponer en el mismo momento que la documental, como así establece el artículo 265.1. 2º LEC, con la presentación de la demanda; por contra, en el procedimiento laboral se realizan todas estas actuaciones oralmente en el acto del juicio, como establece el artículo 94.1 LJS.

1.2. Práctica de la prueba

La actividad probatoria consiste en el examen de los instrumentos o fuentes audiovisuales que, conforme al artículo 382 LEC, tendrán lugar mediante la reproducción de las imágenes y sonidos ante el Juez y con audiencia de las partes. Con ésto, la parte que propone la prueba habrá de aportar los medios técnicos necesarios para su reproducción ante el Juez, como así establece el artículo 82.2 LJS. En el mismo sentido, y con relación a los soportes informáticos, el artículo 384.1 LEC declara que se su examen se realizará por los medios que aporte la parte que propone la prueba o por los que disponga el Tribunal.

Concluida la actividad probatoria relativa a los medios audiovisuales, el artículo 383 LEC establece la necesidad de levantar la oportuna acta haciendo constar: a) la identificación de las grabaciones, filmaciones y reproducciones llevadas a cabo; y b) en su caso las justificaciones, dictámenes y pruebas practicadas en torno a la audiovisual. Cuando el Juez lo estime oportuno, determinará mediante providencia la transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas, que se unirán al acta. El artículo 89.1 LJS no alude expresamente lo anteriormente explicado por lo que el artículo 383.1 LEC vendrá a complementar lo dispuesto en la regulación laboral.

1.3. Valoración de la prueba

La LJS guarda silencio en materia de valoración de la prueba practicada sobre medios audiovisuales e instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso, motivo por el cual se deberá acudir a lo establecido por la LEC. Los artículos 382.3 y 384.3 LEC son claros al establecer que la valoración de los medios de prueba que incorporen estas fuentes se realizarán de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Esta precisión impone al Juez considerar con cautela las características de la fuente que se va a incorporar al proceso.

2.Utilización de las redes sociales como medio de prueba en el procedimiento laboral

2.1. Introducción. Impacto de las redes sociales

A lo largo de los últimos años, las nuevas tecnologías han tenido una importante repercusión en nuestra sociedad, apareciendo numerosas aplicaciones informáticas que sirven para la comunicación entre un gran número de personas. Podríamos hablar de redes sociales, tales como facebook, twitter, myspace, instagram, etc, y cuentas con un gran número de usuarios, por lo que se puede afirmar que ya forman parte de la vida cotidiana de cualquier ciudadano.

Esta expansión ha llevado a que surjan múltiples problemas con transcendencia jurídica

que afectan a los diferentes sectores del ordenamiento jurídico, entre ellos, el laboral. Las redes sociales tienen una presencia cada vez mayor en las relaciones laborales. Su utilización está planteando problemáticas y nuevos dilemas que requieren de regulación legislativa o de desarrollo jurisprudencial.

Así, nos encontramos ante una situación en la que las redes sociales tienen impacto en las relaciones laborales, tanto en el inicio del contrato de trabajo como durante las relaciones laborales, así como en la extinción del contrato de trabajo que los tribunales analizan con ocasión de la reclamación contra el despido o sanción.

Por tanto, los procesos judiciales afrontan nuevas dificultades vinculadas a la utilización de las redes sociales en el ámbito de contratos de trabajo. En particular y entre otras, los problemas de validez de las pruebas, la posible vulneración del derecho a la intimidad, la determinación de la autoría y la valoración de la prueba.

2.2. Admisibilidad de este tipo de medio probatorio

La primera cuestión radica en determinar la propia admisibilidad de este medio de prueba, es decir, si resulta admisible o no su aportación en el juicio.

L.E. NORES TORRES (2014, pp.1-4) admite la proposición y práctica de este peculiar medio de prueba y, por tanto, cree que debe ser aceptada. Debemos partir de la base del artículo 90 LJS donde se establece que las partes «podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos»; así, en dicho precepto se reconoce de manera amplia los medios de prueba que se pueden utilizar en el proceso laboral. Del mismo modo, al acudir al artículo 299.3 LEC, que previamente hemos citado en el trabajo, admite la posibilidad de utilizar cualquier medio de prueba que no se encuentre previsto expresamente en los apartados anteriores de dicho artículo.

Son muchos los pronunciamientos judiciales en los que se admite dicha prueba con el fin de demostrar diferentes cuestiones. Hay una pluralidad de sentencias en las que se puede apreciar como el juzgador recurre a este nuevo medio probatorio para tratar de probar alegaciones muy variadas, tales como la existencia de una relación laboral, comportamientos de un trabajador que puedan justificar la adopción de un despido disciplinario, publicación de comentarios u opiniones desconsideradas hacia la empresa, hacia el jefe o superior jerárquico, la realización de actividades incompatibles con la incapacidad temporal, entre otras muchas.

Como se ha mencionado anteriormente, la LEC se aplica con carácter supletorio a todo

aquello que no se encuentra regulado en la LJS. Por ello, acudimos al artículo 384 LEC el cual establece que para que dicho medio de prueba sea admitido y empleado en juicio, será necesario aportarlo a través de un soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción.⁸

Cuestión importante que entra en juego en la admisibilidad de este medio de prueba es que para su obtención no se hayan empleado procedimientos que entrañen directa o indirectamente los derechos fundamentales o libertades públicas. Cabe la posibilidad de que se suscite esta cuestión por cualquiera de las partes, o de oficio por el tribunal, en el momento de la proposición de la prueba. La cuestión que normalmente se plantea es la licitud de la prueba, aunque generalmente no aparecen indicios de una vulneración de derechos.⁹

La razón por la que no suele impugnarse este medio de prueba y su no consideración de ilícita recae en que hay una opinión general de que, al tratarse de redes públicas o de acceso público, no entra en juego la protección de la intimidad, ya que es el propio afectado es quien ha dado a conocer la noticia de forma voluntaria y pública. Aunque no queda así del todo claro; por ejemplo, L.E. NORES TORRES (2014, p.3) opina que «esta respuesta no debería ser tan automática, puesto que habrá que ver cuáles son las condiciones de uso de la red social que tiene el titular de la cuenta o, en otras palabras, cómo ha configurado la misma, si es de acceso público, de acceso limitado, de acceso restringido, etc, y cómo ha accedido la empresa a ella, por medios lícitos o no».

Sin embargo, el artículo 287 LEC regula de manera específica el trámite a seguir para hacer efectiva la inadmisibilidad de la prueba propuesta. En su apartado primero establece que la ilicitud debe ser apreciada de oficio por el juez o alegada por la parte afectada, debiendo ponerse dicha circunstancia en conocimiento de las demás partes. En el ámbito laboral, el artículo 87.2 LJS establece del mismo modo que el juez podrá acordar de oficio la inadmisibilidad de la prueba. El debate sobre su ilicitud tendrá lugar en el propio acto del

⁸. Por ejemplo, sería posible llevar al juicio un ordenador y abrir la página de la red social en la misma sala; igualmente sería posible las llamadas «*capturas de pantalla*» o «*pantallazos*» y aportarlo como si fuese un documento.

⁹. No es inusual la utilización de medios audiovisuales en el ámbito empresarial con el fin de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales. Ahora bien, el artículo 20.3 ET establece que la adopción y aplicación de estas medidas de control debe guardar la debida consideración a la dignidad del trabajador. La STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984/114), ha determinado que el artículo 90.1 LPL precisa que las partes podrán valerse de soportes audiovisuales «salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimiento que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas».

juicio y requerirá el análisis y reproducción de la prueba aportada, es decir corresponderá a la práctica de la prueba regulada en el artículo 382 LEC. Por todo ello, el juez en cuanto apreciara la ilicitud de la prueba propuesta el Juez deberá resolver que no continúe y anular cuanto se hubiese practicado en relación con dicho medio probatorio, como así se establece en la jurisprudencia de la STSJ de Murcia, de 20 de octubre de 1998 (AS 1998/6764).

2.3. Valoración de la prueba. Derecho a la intimidad

Los supuestos en los que el empresario decide sancionar por entender que el uso de las redes sociales realizado por el trabajador constituye un ilícito laboral afronta en la práctica del proceso un problema fundamental como es la valoración de la prueba.

Las sentencias dictadas en los últimos años por los Tribunales Superiores de Justicia ponen de manifiesto que cada vez es más frecuente la utilización de la información publicada por los trabajadores en las redes sociales, como elemento esencial para justificar la adopción de medidas disciplinarias para el trabajador, tales como el despido.

Uno de los retos a los que se enfrentan los tribunales del orden social será el de analizar la validez de la información obtenida por el empresario de las redes sociales, como prueba hábil para justificar el despido o sanción a un trabajador.

En primer lugar, si en la obtención de dicha prueba se ha vulnerado algún derecho fundamental del trabajador, como el de la intimidad personal, surgen las dudas sobre su licitud para justificar la sanción.

En este sentido, existe jurisprudencia consolidada sobre los requisitos que deben cumplirse para que la prueba obtenida por el empresario, mediante el control de los medios informáticos propiedad de la empresa, sea lícita. Sin embargo, cuando se trata de analizar la información publicada en las redes sociales utilizando medios personales y fuera de la jornada laboral dicha doctrina judicial no es aplicable.

Las sentencias dictadas hasta el momento en la que los trabajadores alegaron vulneración del derecho a la intimidad, permiten extraer la conclusión de que no hay vulneración del derecho a la intimidad si el trabajador ha publicado la información en una red pública sin acceso restringido¹⁰. En estos casos, los tribunales han señalado que en la medida en que la información utilizada por el trabajador se colgó en un perfil público de una red social, no existía una expectativa de privacidad. Es decir, como el trabajador decidió que cualquiera, sin necesidad de utilizar una clave de acceso, tuviera acceso a esa información, no puede

¹⁰. Sentencias del TSJ de Castilla y León, de 30 de abril de 2014, TSJ de Asturias de 14 de junio de 2013 y TSJ de Madrid de 28 de mayo de 2012.

entenderse vulnerado su derecho a la intimidad si la empresa utiliza esa información para adoptar una medida disciplinaria.

2.4. Aportación al acto de juicio

Otro problema procesal, que se presenta de forma más habitual, es el de aportar la prueba al acto del juicio mediante el soporte idóneo.

La elección del soporte idóneo es relevante no sólo desde el punto de vista práctico, sino también a efectos del planteamiento de recursos contra la sentencia que, en su caso, se dicte.

En un principio, si se trata de publicaciones realizadas en redes sociales, unas de las opciones posibles para probar estos hechos sería acceder a la red social en el propio acto del juicio a fin de mostrar al juez, la publicación que motivó al despido¹¹.

Sin embargo, éste medio probatorio no se va a emplear apenas en la práctica, debido a que los juicios suelen señalarse meses después a la fecha del despido y los autores van a poder eliminar de su perfil de la red social el contenido que ha llevado a su despido.

De este modo, el empresario va a poder aportar dicho medio de prueba a través de documentos en los que se pueda observar las imágenes, comentario o vídeos que se publicaron en la red social, es el también denominado "capturas de pantalla" cuya problemática se estudiará en el apartado 3.3 relativo a la doctrina judicial actual. Igualmente, en muchas ocasiones es necesario un perito que pueda acreditar la titularidad de la cuenta desde donde se realizó la publicación o de la IP¹² del ordenador utilizado, así como recurrir al uso de actas notariales para dar fe del contenido publicado en una determinada fecha en una red social.

2.5. Naturaleza jurídica de este tipo de prueba

Por otra parte, la elección del medio probatorio tendrá otro efecto procesal relevante, como es el de determinar su naturaleza y, en consecuencia, su validez a efectos de revisar o modificar los hechos declarados probados por la sentencia dictada.

En las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2011 (Rº 3983/2010) y de 26 de noviembre de 2012 (Rº 786/2012) la solución se basa en dos argumentos fundamentales. Por un lado, se le debe dar una regulación y tratamiento separado al de la prueba documental regulada en la LEC; por otro, no procede la aplicación del artículo 26 del Código Penal (en adelante CP) donde expresamente se reconoce que se considera documento

¹¹. Por ejemplo, mostrar un vídeo colgado en dicha red social que ha provocado la imposición de la sanción.

¹². Número que identifica, de manera lógica y jerárquica, a una interfaz en red de un dispositivo.

todo soporte material que incorpore datos o hechos con carácter probatorio.

Para L.E NORES TORRES este último razonamiento (2014, p.4) «puede provocar cierta incoherencia en el sistema. Si este tipo de grabaciones tiene carácter de documento en el terreno penal, cuando se alegue su falsedad, en virtud de lo establecido en los arts. 4 y 86 LRJS, ello podría provocar la suspensión del proceso laboral, con lo cual se produciría la paradoja de que un mismo instrumento tendría naturaleza documental a unos determinados efectos y no a otros».

Por otro parte, en lo relativo a las pruebas a través de redes sociales, algunos pronunciamientos como el de la STSJ de Madrid, de 25 de junio de 2012 (Rº 1500/2012) y la STSJ de Galicia, de 12 de noviembre de 2012 (Rº 3743/2012), se mueven hacia la línea marcada por la sentencia del TS para la prueba videográfica. La STSJ de Madrid afirma que no se trata de una prueba documental; y la STSJ de Galicia afirma que «*ni fotos ni facebook tienen valor revisor*».

A la vista de lo anterior, se abre una discusión acerca de si las fotografías o comentarios publicados en las redes sociales y cuyas impresiones se aporten al acto del juicio, tendrán o no la consideración de prueba documental hábil para revisar los hechos declarados probados en la sentencia. En este sentido son muchos los pronunciamientos que le atribuyen una consideración como documentos, como por ejemplo la STSJ de Asturias de 14 de junio de 2013 (Rº 241/2013); STSJ Andalucía, de 10 de abril de 2008 (Rº 334/2008); STSJ Cataluña, de 29 de septiembre de 2009 (Rº 1782/2008). Se deduce del artículo 333 LEC establece «Cuando se trate de dibujos, fotografías, croquis, planos, mapas y otros documentos que no incorporen predominantemente textos escritos, si sólo existiese el original, la parte podrá solicitar que en la exhibición se obtenga copia, a presencia del secretario judicial, que dará fe de ser fiel y exacta reproducción del original. Si estos documentos se aportan de forma electrónica, las copias realizadas por medios electrónicos por la oficina judicial tendrán la consideración de copias auténticas». Así como el artículo 334.2 LEC que establece el valor probatorio de copias reprográficas y cotejo y afirma lo siguiente «Lo dispuesto en el apartado anterior de este artículo también será de aplicación a los dibujos, fotografías, pinturas, croquis, planos, mapas y documentos semejantes»

Frente a ellos, también hay un número elevado de pronunciamientos que no opinan del mismo sentido como puede ser, entre otras, STSJ de Cataluña de 18 de mayo de 2012 y STSJ de Galicia de 25 de noviembre de 2013.

En cuanto a los comentarios publicados en redes sociales podrán ser considerados documentos en atención a lo dispuesto en el artículo 324 LEC, aunque también se podrían reconducir a los medios que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes que

regula el artículo 384 LEC. En el caso de que aportaran en atención al artículo 384 LEC, en su apartado 3º afirma que el tribunal valorará estos instrumentos conforme a las reglas de la sana crítica aplicables a aquellos según su naturaleza, lo que puede significar que abre diferentes posibilidades interpretativas del medio de prueba.

2.6. Autenticidad y veracidad de lo publicado

Un segundo problema acerca de este medio de prueba es el relativo a la veracidad de su contenido. Este problema se plantea desde una doble perspectiva: por un lado, en lo relativo a la autoría; por otro lado, en lo relativo al contenido de lo publicado.

A) Autoría

Por lo que respecta a la autoría, aquí se entraría a analizar si la red social empleada pertenece o no al autor de la publicación o si fue él quien publicó el objeto del procedimiento. Los perfiles de las redes sociales no ofrecen una seguridad absoluta, no pudiendo conocer de forma absoluta y clara el titular de la página o del perfil. De hecho, resulta muy fácil suplantar la personalidad de cualquiera en redes sociales. En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 6 de junio de 2011, núm. 517/2011 se analizó un supuesto en que un trabajador de una empresa había creado un perfil en una red social suplantando a su jefe y a través de esta red social vertía comentarios negativos sobre la empresa y los empleados de la misma.

Cuando algo así suceda se podrá impugnar la prueba negando la autoría. El artículo 384.2 LEC, en relación con el artículo 382.2 LEC, al regular la prueba de archivo y reproducción de datos, reconoce al proponente la posibilidad de aportar dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes, así como reconoce la misma virtud a las otras partes cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de la prueba. Los medios que se pueden aportar para demostrar esta cuestión son muy variados, puede aportarse mediante una prueba pericial de un informático, o como por ejemplo detectando el usuario de la IP desde donde se hubiese colgado el contenido.

B) Contenido de lo publicado

Por otra parte, en relación al contenido de las publicaciones se tiene que tener en cuenta que han podido ser introducidas por otra persona ajena a la titularidad de la red social; o que haya sido publicado por el propio autor, pero faltando conscientemente a la realidad. En tales casos, el problema es el mismo que el que he aludido anteriormente y que se puede demostrar a través de cualquier tipo de prueba¹³.

¹³. SAN, de 15 de julio, núm 30/2015 en la que se comprobó la autoría del denunciado por comprobar su dirección de IP a través de la cual se difundieron los mensajes a través de la red social.

3. Doctrinal judicial más relevante

3.1. Problemática de su uso

El uso de las redes sociales dentro del ámbito de una empresa proporciona grandes ventajas en cuanto a innovación y desarrollo, gestión en procesos de selección, fomento del networking¹⁴ entre empleados, etc. Internet se ha convertido en una de las vías de comunicación más aptas para ser utilizadas por el trabajador en sus relaciones con la empresa, los clientes de ésta, sus compañeros o, incluso, sus representantes sindicales. Pero la red puede emplearse también para filtrar a terceros informaciones que integran el patrimonio empresarial, acosar a un compañero del trabajo, realizar acciones que pueden comprometer la imagen de la empresa o, simplemente, representar una significativa pérdida de tiempo de trabajo¹⁵.

Otro tema controvertido en el ámbito laboral es aquel que abarca el uso de las redes sociales en las que cualquier persona pone con libertad aquello que opina y piensa. Aquí entra en juego la esfera personal junto con la profesional de los trabajadores, ya que actos que inicialmente pertenecen a la esfera privada y personal del empleado, pueden tener cierta incidencia en su vida profesional y pueden ser utilizados para adoptar por parte de la empresa una medida disciplinaria.

Dentro de este ámbito podemos diferenciar hablar acerca de la difusión de comentarios o publicaciones en redes sociales que pueden suponer un incumplimiento contractual

A) Límites

Este uso por parte del trabajador de las redes sociales estaría sometido a un límite, dentro del cual estaría un uso legítimo de las redes sociales y, superando el mismo, supondría un uso ilegítimo de las mismas dentro del ámbito profesional.

Son muchas las sentencias que han marcado cuáles son esos límites que, superados, supondrían un uso ilegítimo y conllevarían a una posible sanción por parte de la empresa al trabajador.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, en fecha de 23 de mayo de 2011, fue una de las primeras sentencias que ratificó la procedencia de un despido disciplinario de un empleado por un uso abusivo de redes sociales durante su jornada laboral. El Tribunal entendió que la conducta del trabajador supuso un

¹⁴. Traducción literal: "trabajar tu red de contactos". Sirve para incrementar el volumen de negocio gracias a un incremento de contactos rentables siguiendo una estrategia comercial y un plan de marketing y generando notoriedad hacia la empresa a través de las redes sociales.

¹⁵. Un estudio realizado en España concluye que el 52.9% de los empleados españoles con conexión a internet pasan unos 30 minutos a la semana navegando por la red.

incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones, constituyendo un quebrantamiento de la buena fe contractual y un abuso de confianza, quedando acreditado que la empresa había realizado previas advertencias al trabajador para que cesara dicha conducta, a las cuales el trabajador hizo caso omiso.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 11 de noviembre de 2011, en el que se estimó procedente el despido de un trabajador que accedía, durante su jornada laboral y de forma muy continuada, a redes sociales, cuando la empresa había establecido reglas de uso de sus recursos informáticos en las que advertía que el uso del ordenador era exclusivamente para fines laborales y se prohibía el acceso a determinadas páginas web.

En sentido contrario, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de abril de 2011, se declaró improcedente el despido de un trabajador que visitaba páginas web con fines particulares durante su horario laboral, debido a que su conducta no revestía gravedad suficiente y la empresa no había realizado previamente advertencias sobre el uso restringido de páginas web durante el horario laboral, ni tampoco sobre la facultad de control de herramientas de trabajo por parte de empresario.

Se podría decir que el uso de dichas redes sociales o, dicho de otra manera, el uso de aparatos informáticos con un fin distinto al laboral, no sería admisible en principio, salvo permiso expreso o tácito del empleador. De acuerdo con J. LUJÁN ALCARAZ (2001, p.4), «en defecto de previsión legal o convencional, el uso de las herramientas informáticas de la empresa para fines no estrictamente productivos, sólo puede entenderse amparado en la tolerancia empresarial». Por tanto, una posición de partida sería la prohibición del uso privado de estos medios contrarios a la relación laboral, pudiendo el empleador despedir al trabajador alegando abuso de confianza o ruptura de la buena fe contractual ante una utilización privada, sin necesidad de haber avisado con anterioridad la ilegalidad de este comportamiento.

Desde esta perspectiva, el problema no es la ilicitud o no de este uso privado, sino los límites del mismo. Estos límites pueden ser:

- Límites técnicos, en cuanto al uso de la red no debe proceder una disminución de la productividad de la empresa y de sus medios tecnológicos o daños en los mismos¹⁶.
- Límite en cuanto a que dicho uso no supusiera un daño o un riesgo para los medios

¹⁶. Se considera incumplimiento de la buena fe contractual la instalación o uso de programas privados cuando reduzcan la velocidad y rendimiento de la CPU.

tecnológicos puestos a disposición del trabajador¹⁷.

– Límite en cuanto a resulta inadmisibles el uso de las redes sociales para actividades que pudieran considerarse por sí mismas como violación de la buena fe contractual¹⁸.

– Límite en cuanto afectase este uso de las redes sociales a la simple obligación del trabajador de prestar sus servicios de forma diligente¹⁹.

B) Políticas de uso de herramientas informáticas

Como se ha podido ver en las sentencias citadas con anterioridad, el problema radica en si la empresa ha puesto en conocimiento o no al trabajador acerca del uso de medios informáticos distintos a su uso laboral, y si ha puesto en conocimiento del trabajador el uso de herramientas informáticas con el fin de poder controlar o vigilar el uso que el trabajador da a los medios informáticos de la empresa. Es decir, se pone de manifiesto la importancia de comunicar unas políticas de uso de herramientas informáticas que fijen unas directrices claras para los trabajadores, mediante la aplicación de prohibiciones absolutas o parciales.

Además, con base al principio de buena fe²⁰ y con el objeto de preservar la intimidad de los trabajadores, es necesario que las políticas adviertan a los trabajadores sobre la posibilidad de monitorizar y controlar el correcto uso de las herramientas de trabajo, pues de lo contrario, los registros serían ilícitos y, por tanto, la prueba sería nula, como así se estableció en las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 y 8 de marzo de 2011.

Por tanto, existe la obligación de informar al trabajador sobre las condiciones de uso de los aparatos electrónicos. En tal sentido, y en tanto no existe una regulación legal de esta materia, es primordial el establecimiento de Códigos de Conducta empresarial, de manera que ambas partes de la relación laboral conozcan y consientan de antemano las normas sobre uso y control de los medios informáticos de la empresa. Estas políticas pueden establecerse unilateralmente por la empresa, en ejercicio de su poder de dirección, o mediante un acuerdo de carácter sectorial, de modo que la normativa involucre a los dos sujetos intervinientes.

Estos códigos de conducta deberán abarcar, en primer lugar, sobre el buen uso de los instrumentos informáticos; en segundo lugar, se deberá detallar claramente las

¹⁷. Por ejemplo, que al analizar las descargas realizadas por el trabajador pudieran portar un virus.

¹⁸. Se considera incumplimiento de la buena fe contractual el acceso a redes sociales en las que se difundiera información confidencial de la empresa o competencia desleal.

¹⁹. Calvo Gallego, F.J. (2012) *Tic y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales*. Aranzadi Revista, 2012-56

²⁰. Desde esta perspectiva se consideró inadmisibles el uso privado que podía provocar la ralentización o disminución del rendimiento del ordenador como de la propia conexión a internet de la empresa.

consecuencias de no cumplir con esas normas; y, finalmente, los trabajadores deberán conocer la existencia de los controles, la finalidad de los mismos, almacenamiento y uso de la información registrada y los mecanismos para garantizar su confidencialidad.

C) Difusión de comentarios o publicaciones en redes sociales que suponen un incumplimiento contractual

En este sentido destaco las siguientes sentencias que se refieren a casos en los que el empresario adopta medidas disciplinarias respecto de aquellos trabajadores que han compartido en sus redes sociales comentarios que van más allá del derecho a la libertad de expresión y derecho de información.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 21 de abril de 2010, una de las primeras que abordó la posibilidad de sancionar a un trabajador por sus comentarios en redes sociales. La misma estima procedente el despido de un trabajador por considerar que publicó comentarios intimidantes contra un directivo de la empresa, induciendo a la violencia, como por ejemplo «si alguien sabe su nombre y dirección que lo ponga en el foro que lo demás ya nos encargaremos otros, yo en particular le ponía las pilas y le quitaba las ganas de jugar».

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de mayo de 2011, se estimó procedente el despido de un trabajador que en el perfil de una red social puso un comentario ofensivo para su empleador. En concreto, en el apartado de formación y empleo puso «*Fuck easyjet*».

A través de las redes sociales los empresarios son conocedores de ciertas actividades del trabajador que suponen incumplimientos contractuales.

Como en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de enero de 2012, que estime procedente el despido de un trabajador que, durante una baja laboral por depresión, publicó en una red social varias fotos en las que se demostraba que durante su baja realizaba salidas nocturnas y consumía alcohol.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de mayo de 2012, declaró procedente el despido de un trabajador que durante una baja de incapacidad temporal trabajaba en un negocio de diseño publicitado en una red social.

3.2. Doctrina judicial actual

En una reciente sentencia, el Tribunal Supremo ha establecido los criterios para aceptar como prueba en un juicio aquellos mensajes recibidos a través de las redes sociales. Aunque dichos mensajes o comentarios pueden ser válidos, se establecen distintas

cauteladas para evitar una posible manipulación de los contenidos.

En el caso de que una de las partes aporte como prueba un mensaje vertido a través de una red social, la prueba pericial debe ser indispensable para identificar el origen real de la comunicación, así como la identidad de los interlocutores y el contenido exacto.

El Tribunal Supremo entiendo que «existe la posibilidad de una manipulación del contenido» y por ello establece una serie de medidas para asegurar la veracidad de los hechos. Se concluye en la misma que «una prueba obtenida a través de Internet, cuyo soporte virtual y no físico, es perfectamente válida en sede judicial y la aportación debe ser admitida».

Para aportar este tipo de prueba, no vale con los denominados “pantallazos” o “capturas de pantalla” que pueden ser fácilmente manipulados. Se debe encontrar respaldo en otro tipo de pruebas adicionales, como el testimonio de los implicados, una certificación notarial, un soporte en CD, la transcripción de los mensajes facilitados por el servidor o la puesta a disposición del juzgador las claves personales de la red social para poder realizar las comprobaciones necesarias.

Comprobados los parámetros a seguir por los juzgados y tribunales respecto a este nuevo medio de prueba, se entra a analizar distintos casos judiciales en los que se trata la problemática del uso de las redes sociales en el derecho laboral y la aportación en el acto del juicio de este nuevo medio de prueba.

A) Facebook

- STSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, 368/2010, de 21 de abril de 2010 (Resup 368/2010). 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 considera el despido procedente.
- STSJ, 01333/2013, de 13 de junio de 2013, Asturias (Resup. 0000241 /2013). La problemática de la sentencia recae en la posible vulneración 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, STSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, 02167/2013, de 27 de diciembre de 2013, (Resup. 1708/2013) 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 existe prueba alguna que demuestre 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 último, su comportamiento puede ser reprochable, pero no reviste la gravedad suficiente como para justificar su despido»*.

B) Whatsapp

- STSJ 2432/2014, de 25 de abril de 2014, Galicia (Resup. 4347/2014) mediante la cual se considere procedente el despido de una trabajadora por desobediencia y transgresión de la buena fe contractual al no supervisar el correcto suministro de un medicamento a una paciente de la residencia. La prueba se obtiene mediante conversaciones vía Whatsapp con otra compañera, que es quien las en el acto del

juicio. Al respecto no se aceptó la impugnación de la denunciada sobre la obtención ilícita de las pruebas ya que fueron aportadas por la otra interlocutora.

- STSJ 5098/2014, de 11 de julio de 2014, Cataluña, (Resup. 2817/2014) donde se declara procedente el despido de una trabajadora de una guardería que mediante el uso de Whatsapp fotografiaba a los niños menores, en concreto, sus partes íntimas, y las enviaba manteniendo conversaciones con los interlocutores ofensivas respecto a los menores de edad. La demandada solicita que el despido sea nulo por cuanto las fotografías y los mensajes fueron enviados fuera de horario laboral. Sin embargo, el Tribunal declaró procedente el despido puesto que *«la conducta que se le imputa queda totalmente acreditada y consiste en una vulneración de la buena fe contractual»*.

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, relativamente nuevo, debido a que es complicado poder aportar las conversaciones mantenidas a través de Whatsapp mediante transcripción, ya ha sido objeto de distintas sentencias en las que se discute su aceptación o no. La Sala de lo penal del Tribunal Supremo ha dictado sentencia 300/2015, de 19 de mayo de 2015, en la que se fija los criterios para aceptar la fuerza probatoria de las capturas de pantalla o “pantallazos”, en los que se refleja el contenido de mensajes transmitidos en las redes sociales. Así, establece que *«la prueba de una comunicación bidireccional mediante sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con "todas las cautelas", debido a que "la posibilidad de una manipulación forma parte de la realidad de las cosas". En este sentido, el alto tribunal afirma que "el anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo". Por tanto, se hace indispensable realizar una prueba pericial sobre los documentos que se aporten para identificar el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de sus interlocutores y la integridad de sus contenidos»*.

C) Instagram

- STSJ 340/2015, de 11 de diciembre de 2015, La Rioja (Resup. 344/2015) 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 que se publicó en la red social.

D) Twitter

- STSJ 475/2012, de 25 de junio de 2012, Madrid (Resup. 1500/2012) en la que se procede al despido de un trabajador por los siguientes motivos: *«existe cierta laxitud en el desempeño de las tareas propias encomendadas, con una disminución voluntaria y continuada del rendimiento en el trabajo. Asimismo se le ha venido observando, que usted atendía llamadas y realizaba gestiones que luego no se veían correspondidas con proyectos de esta empresa, lo cual nos alertó de que algo extraño estaba sucediendo, comprobándose, en papeles que usted tiraba a la papelera, o anotaciones que dejaba sobre la mesa, y a las que casualmente se accedió cuando se buscaba algún documento, que existían esquemas de páginas web, notas de presupuestos y clientes, todo ello tareas que no tenían conexión con esta empresa.*

Al hilo de esta investigación se ha podido constatar recientemente ante notario, concretamente el 20 de mayo de 2011, que usted es titular del dominio AUDIOVISUALPOINT.COM, el cual parece que tiene desde el 30.09.2010 según consta en registro al efecto. Asimismo, si nos metemos en dicha página web encontramos que usted se anuncia a través de tal denominación para realizar exactamente las mismas actividades a las que se dedica esta empresa, y para las que usted está contratado concretamente "alquiler y servicios audiovisuales" (megafonías, grabación y realización, traducción simultánea, plasmas, portátiles, servicios especiales para bodas y proyección), entrando directamente en competencia desleal con la misma.

Por otra parte, visionando las intervenciones en Twitter, se comprueba que ha estado usted trabajando en este tema en horario de trabajo, tomando así forma y

justificándose las extrañas actitudes, anotaciones, etc... que se venían observando por esta dirección, actitudes que hasta el momento actual no hemos podido comprender y constatar como incumplimiento contractual muy grave.»

Por tanto, se entendió procedente la práctica de la prueba a través de notario y se declaró procedente el despido del trabajador.

- STSJ 30/2015, de 26 de enero de 2015, Madrid (Resup. 679/2014) por la que se estima procedente el despido de una trabajadora que durante la jornada laboral consulta 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 realizando actividad dentro de la misma. Dicho registro se aportó al acto del juicio mediante documentos en los que se puede 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 (Rcud. 4053/2010) en el 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 exista una situación de tolerancia con el uso personal del ordenador y que tampoco exista 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. La doctrina científica, habla de los actos de disposición que voluntariamente bajan las barreras de la intimidad o del secreto. Una de las formas de bajar las barreras es la utilización de un soporte que está sometido a cierta publicidad o a la inspección de otra persona: quien manda una postal, en lugar de una carta cerrada, sabe que el secreto no afectará a lo que está a la vista; quien entra en el ordenador sometido al control de otro, que ha prohibido los usos*

personales y que tiene ex lege facultades de control, sabe que no tiene una garantía de confidencialidad».

V. CONCLUSIONES

Tras el desarrollo y análisis del trabajo se han llegado a las siguientes conclusiones acerca de las redes sociales como un nuevo medio de prueba en el proceso laboral y sus dificultades en la práctica acerca de su aportación al procedimiento, su práctica, valoración y demás problemas que plantea.

1. Las redes sociales se incluyen como medio de prueba en el proceso civil de acuerdo al artículo 299.2 LEC por el cual se admiten los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables de otra clase, relevante para el proceso.
2. Previa introducción de este nuevo medio de prueba en la LEC de 2000, ya se introdujo con anterioridad en la LPL. Se aprecia una anticipación de la LPL respecto de la LEC en cuanto a la introducción de la prueba videográfica en el proceso laboral respecto del civil. En el artículo 90 de la Ley 2/1995 de Procedimiento Laboral establecía que «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». El mismo artículo se ha mantenido vigente tras la entrada en vigor de Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
3. La escasez de regulación de la prueba videográfica en la Ley de la Jurisdicción Social conlleva a aplicar supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo a lo establecido en la Disposición Final 4ª de la LEC.
4. Se observa una diferencia respecto al proceso civil, y es que en este último la prueba audiovisual se debe proponer en el mismo momento que la documental, como así establece el artículo 265.1.2º LEC, con la presentación de la demanda; por contra, en el procedimiento laboral se realizan todas estas actuaciones oralmente en el acto del juicio, como establece el artículo 94.1 LJS.
5. La actividad probatoria de la prueba consiste en el examen de los instrumentos audiovisuales que, conforme al artículo 382 LEC, tendrán lugar mediante la reproducción de las imágenes y sonidos ante el juez con audiencia de las partes. La parte que propone a prueba deberá aportar los medios técnicos necesarios para su reproducción ante el juez, como así establece el artículo 82.2 LJS.

6. Concluida la actividad probatoria relativa a los medios audiovisuales, el artículo 383 LEC establece la necesidad de levantar la oportuna acta haciendo constar: a) la identificación de las grabaciones, filmaciones y reproducciones llevadas a cabo; y b) en su caso las justificaciones, dictámenes y pruebas practicadas en torno a la audiovisual. Cuando el Juez lo estime oportuno, determinará mediante providencia la transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas, que se unirán al acta. El artículo 89.1 LJS no alude expresamente lo anteriormente explicado por lo que el artículo 383.1 LEC vendrá a complementar lo dispuesto en la regulación laboral
7. La LJS guarda silencio en materia de valoración de la prueba practicada sobre medios audiovisuales e instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso, motivo por el cual se deberá acudir a lo establecido por la LEC. Los artículos 382.3 y 384.3 LEC son claros al establecer que la valoración de los medios de prueba que incorporen estas fuentes se realizarán de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Esta precisión impone al Juez considerar con cautela las características de la fuente que se va a incorporar al proceso
8. Para que este nuevo medio de prueba pueda ser admitido, el artículo 384 LEC establece que será necesario aportado a través de un soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción. Como, por ejemplo, aportar al juicio un ordenador y abrir en el momento la página web o la red social; o sería también posible mediante las llamadas «capturas de pantalla».

Se debe aportar la prueba en el acto de juicio mediante el soporte idóneo. Una de las opciones es acceder a la red social en el propio acto de juicio a fin de mostrar al juez la publicación que motivó el objeto del proceso, aunque apenas se emplea en la práctica.

Se podrá aportar dicho medio de prueba a través de documentos en los que se pueda observar imágenes, comentarios o vídeos que se publicaron en la red social, ésto es lo que se denominada como «capturas de pantalla».

También se puede hacer uso de un perito que acredite la titularidad de la cuenta desde donde se realizó la publicación o de la IP del ordenador, así como recurrir al uso de actas notariales para dar fe del contenido publicado en una determinada fecha en una red social.

9. La prueba podrá no ser admitida por considerar que su obtención ha podido suponer una vulneración de un derecho fundamental. Aunque en la práctica esto no suele suceder al haber una opinión general de que, al tratarse de redes públicas o de acceso público, no entra en juego la protección de la intimidad, ya que es el propio afectado quien da a conocer la noticia de forma voluntaria y pública. Sin embargo, su inadmisibilidad podrá ser apreciada de oficio por el juez o alegada por la parte afectada, debiendo ponerse en conocimiento de las demás partes, artículo 87.2 LJS.

10. Se plantea la problemática de si la aportación de la prueba mediante soporte en papel donde se observen imágenes, comentarios o vídeos se considere como prueba documental. Actualmente hay tanto pronunciamientos que les atribuyen la consideración de prueba documental hábil, como pronunciamientos en contra que no opinan en el mismo sentido.

Sin embargo, los comentarios publicados en redes sociales sí podrán ser considerados documentos en atención a lo dispuesto en el artículo 324 LEC, aunque también se podrán aportar mediante soporte en CD's o DVD's.

11. Respecto al análisis realizado a través de la doctrina judicial actual, en las diversas sentencias citadas, se puede observar cómo se da solución a los diferentes problemas que plantea este nuevo medio de prueba. En ellas se acepta la aportación de esta prueba mediante el soporte electrónico adecuado. Además, se observa cómo se admite la prueba realizada acerca de la autoría de unos hechos mediante la comprobación de la dirección IP a través de la cual se realizó el comentario vertido en la red social, o como se admite la autoría a través de un acta notarial, reconocida como un soporte válido para reconocer la admisibilidad de la prueba.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Abel Lluch, X., *Las reglas de la sana crítica*. (1ª ed.) La ley, Madrid, 2015
- Asencio Mellado, J.M., *Introducción al Derecho Procesal*. (6ª ed.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- Beltrán Ferrer, J., *Prueba y verdad en el Derecho*. (1ª ed.) Marcial Pons, Madrid, 2002
- Castro Mendes, A., *Do conceito de prova em processo civil*. (1ª ed.) Ática, Lisboa, 1961
- Couture, E.J., *Fundamentos del derecho procesal civil*. (4ª ed.) Roque Depalma, Montevideo, 1993
- Carnelutti F., *La prueba civil*. (2ª ed.) Diploma, Argentina, 2000
- Calvo Gallego, F.J., *Tic y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales*. Revista doctrinal Aranzadi Social, paraf. núm 71/20129/2012
- Dévis Echandia, H., *Teoría General de la prueba judicial*. (2ª ed.) Victor P. de Zavalía, Bogotá, 2002
- García – Perrote Escartón, I., *La prueba en el proceso de trabajo*. (1ª ed.) Civitas ediciones, Madrid, 1994
- *Manual de Derecho del Trabajo*. (5ª ed.) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015
- Guasp, J., *Derecho Procesal Civil I*. (3ª ed.) Civitas ediciones, Madrid, 1977
- Gil Plana, J., *La prueba en el proceso laboral. Disposiciones generales* (1ª ed.) Aranzadi, Madrid, 2005
- Montero Aroca, J., *La prueba en el Proceso Civil*. (6ª ed.) Thomson Reuters, Valencia, 2011
- Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L, Barona Vilar, S. y Calderón Cuadrado, M.P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. (22ª ed.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2014
- Muñoz Sabaté, L., *Introducción a la probática* (1ª ed.) Bosch Formation, Barcelona, 2007
- Nores Torres, L.E., *Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral*. Revista Doctrinal Aranzadi Social, 2014
- Ríos Salmerón, B. y Sempere Navarro A.V., *Proceso civil y proceso laboral. Incidencia de la LEC en el procedimiento laboral*. (1ª ed.) Aranzadi Editorial, Navarra, 2001
- Silva Melero, V., *La prueba procesal*. (1ª de.) Revista derecho privado, Madrid, 1963

Sentis Melendo, S., *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. (1ª ed.) Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979

Segalés, J., *La prueba en el proceso laboral tras la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil*. (1ª ed.) Editorial Comares, Granada, 2002

Vicente y Carvantes, J., *Tratado Histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*. Madrid, 1856

→ **Fuentes jurisprudenciales**

Tribunal Constitucional:

- STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984/114)

Tribunal Supremo:

- STS 521/2007 de 26 de septiembre (RC 2007/5844)
- STS 657/2010 de 6 de octubre (RC 2010/4053)
- STS 240/2010 de 16 de junio (RC 2010/3983)
- STS 695/2011 de 8 de marzo (RC 2011/3529)
- STS 726/2012 de 26 de noviembre (RC 2012/786)
- STS 300/2015 de 19 de mayo (RC 2015/2047)

Audiencia Nacional:

- SAN 30/2015 de 15 de julio (AN 2015/879)

Tribunal Superior de Justicia:

- STSJ de La Rioja 340/2015, de 11 de diciembre de 2015, (Resup.344/2015)
- STSJ de Madrid 30/2015, de 26 de enero de 2015, (Resup.679/2014)
- STSJ de Galicia 6022/2014, de 26 de enero de 2005, (Resup.6022/2014)
- STSJ de Cataluña 5098/2014, de 11 de julio de 2014, (Resup.2817/2014)
- STSJ de Galicia 2432/2014, de 25 de abril de 2014, (Resup.4347/2014)
- STSJ de Castilla y León 02167/2013, de 27 de diciembre de 2013, (Resup.1708/2013)
- STSJ de Asturias 01333/2013, de 13 de junio de 2013, (Resup.0000241 /2013)
- STSJ de Galicia 686/2012, de 12 de noviembre de 2012 (Resup.3743/2012),
- STSJ de Madrid 475/2012, de 25 de junio de 2012, (Resup.1500/2012)
- STSJ de Madrid 92/2012, de 28 de mayo de 2012, (Resup.1086/2012)
- STSJ de Cataluña 5098/2012, de 18 de mayo de 2012, (Resup.2417/2012)
- STSJ de Madrid 291/2012, de 23 de enero de 2012, (Resup.819/2012)
- STSJ de Murcia 517/2011, de 6 de junio de 2011, (Resup.517/2011)
- STSJ de la Rioja 175/2011, en fecha de 23 de mayo de 2011, (Resup.1044/2011)
- STSJ de Madrid 309/2011, de 28 de abril de 2011, (Resup.1281/2015)
- STSJ de Castilla y León 368/2010, de 21 de abril de 2010 (Resup.368/2010)
- STSJ de Cataluña 1782/2008, de 29 de septiembre de 2009, (Resup.1782/2008)
- STSJ de Andalucía 334/2008, de 10 de abril de 2008, (Resup.334/2008)

Audiencia Provincial:

- SAP de Córdoba 6512/2003, de 10 de marzo de 2003, (AC 2003/1167)

SUMMARY

The law 1/2000, 7th of January, on the Code of Civil Procedure, section 299.2, includes a new procedure for word reproduction, sound and image, as well as to systems that allow to store and recognise, and to reproduce words, data and numbers, and mathematical formulas.

The evidence emerges as a consequence from a disagreement amongst the parties. The facts that determine the object of the process come to the knowledge of the judge by means of the affirmations of the parts, but in the majority of the occasions these affirmations are contradictory. This fact is the one that gives place to the appearance of the test. The evidential activity is necessary in order that the judge could confirm or check the facts invoked by both parts. It is necessary to prove the evidence for the court to confirm and verify the facts claimed from both parties. Thus, the section 281 LEC establishes the importance of the evidence relative to actions and facts related to judicial protection intended to be obtained during the process, as well as customer and foreign law. Nevertheless, according to the third section of such article, evidences that does not create disagreement between the parties, will remain exempt, with the exception of those instances where the object is not under the control of the litigants, likewise it not be necessary to prove evidence that already has absolute notoriety.

Traditionally, the main purpose of an evidence has been to prove the truth. Thus, the main goal of the evidence is to verify, to as it maximum extent, the validity and truth of the parties' affirmations. Always subject to certain procedural principles. The facts not affirmed at least by one of the parts do not exist for the judge, who cannot go out in search of the same ones; the facts affirmed by both parts or affirmed by one and admitted by other one exist for the judge, who can know them in the judgment; respect of the controversial facts the evidential activity is not of investigation, but simply verifying. The search of the truth to any price is not the last purpose of the civil evidence.

The purpose of the evidence is to support the facts, to convince the judge, and to provide certainty. The law regulates the mechanisms used by the parties to stablish the facts, such mechanisms regulate whether evidences can or cannot be used during the judicial process. The article 282 LEC regulates the initiative laid on the parties to prove the evidence, in order to ensure the validity of the statements claimed by the parties. However, the tribunal could also allow certain proves and practices, as well as the allowance of documents when the

law would require it.

Once explained the concept of evidence as such, it should be explained the importance of the purpose of the evidence, also known as the object of the evidence.

The object of evidence refers to the different realities that can and must be corroborated, which includes, first and foremost, any laws and regulations that might establish as alleged case from which to obtain a rule or mandate. It must also include the laws as such, since nothing stops probatory evidence to lay on them. In the article 24.2 of the Spanish Constitution (in forward CE) the right is gathered, with the nature of fundamentally, to " using the pertinent means of test for his defence ", right that has his field of application in all the processes. The right to the test is a civil right, of procedural content and of fundamental range, without prejudice that then it is a question of a right of legal configuration. It has wanted to come near to the conclusion of which the right to the test is an instrumental right, to the effect that it is an instrument or complement to the right of defence.

Opposite to the object of the test one finds the topic of the test. One speaks about topic of the test when one refers to what must be proved in a process in concretely in order that the judge declares the juridical consequence asked by the part. But also it refers those who do not need to be proven. The above mentioned that do not need to be proved are the not controversial facts; the well-known facts, those whose knowledge forms a part of the normal culture of a certain social group; and, finally, the facts favoured by legal presumption.

As mentioned above, the object of the evidence is to prove the validity of such evidence, which process is regulated in the section 299.1 LEC, as it is as follows:

1. interrogation of the parties
2. documentary evidence
3. technician evidence
4. Judicial recognition
5. witness evidence
6. assumptions as testing method.

The same section of the LEC, refers in the second point, to the diverse reproduction means of words, sounds and images, as well as the systems used to store and recognise, and to reproduce words, data, numbers and mathematical operations, that could be used during the judicial process.

The third section also makes reference to any other unforeseen process, and not mentioned in the first and second sections, that could provide further support to the evidence. Such process would be accepted as object of evidence, regulated by whatever measures shall be required.

We shall now refer to the second section of the legislation 299 LEC, which regulates videographic evidences. Such regulation has already been included on the Royal Legislative Decree 2/1995, 7th of April, which approves consolidated text of the Law for Workforce Procedure. The section 90 LPL established that “the parties will be allow to use as many evidences and proceedings, as long as they are regulated by the Law – such include technical means for word, image and sound reproduction, unless such evidences might had been obtained fraudulently or would breach fundamental rights or public freedoms”.

This section was in order until 2011, when the above mentioned law was repealed. The Law 36/2011 has, however, maintained the statement referred to the judicial relation of the evidence, phrased in the section 90.1 as “the parties, after establishing the purpose and requirement of the use of the evidence, will be able to use as many objects of evidence, or procedures, required and regulated by the Law in order to verify the disputed facts. Such procedures might include word, image and sound reproduction, and storage and reproduction of data, and must be provided in a supported format and allow the judicial body any necessary tools for its reproduction and storage.

Prior to its introduction into the LPL, the admission and validity of new techniques and procedures included to prove the evidence was debated when the LEC 1881 was first issued.

Image and sound evidence was immediately rejected at first, and were not allowed to be used as evidence in the judicial process, since they were not included in LEC 1881. In the situation previous to the LEC of 2000 there existed two enumerations of the means of test, the contained one in the article 578 of the LEC of 1881 and other one in the article 1215 of the Civil Code (in forward CC), procedure that have been repealed by the new LEC of 2000. Those two enumerations were not substantially different, only they were differing in the presumptions and it was not meaning, in any sense, that the CC was containing a way of test that was not known by the LEC. The first addition to the LEC 1881 that could be used as evidence, was magnetographic tapes, however it could not have judicial recognition, but only used as documentary evidence.

LEC 2000 was the first to include new means of evidence as sufficient evidence, and to be used during judicial processes. It first introduction was photographical evidence, and

subsequently introduced all diverse technical variants in the section 299, subsections 2 and 3. the main objective of the modification of the legislation was to allow the usage as evidence of any new scientific or technological development, and gives the judge the capacity to adopt whichever measures he or she shall find necessary, and allows him or her to accept or reject any object of evidence.

The article 299.2 LEC gathers as new means of test the means of reproduction of the word, the sound and the image, as well as the instruments that allow to file and to know or to reproduce words, information, numbers and mathematical operations carried out with countable ends or of another class, relevant for the process. It refers to the whole set of means of reproduction of the sound and of the image and to the whole system of means of fixation and of reproduction of information, which at present have turned into something usual into our lives. It is a question of means not only written and in support very different from the paper and similar. It refers to the whole set of means of reproduction of the sound and of the image and to the whole system of means of fixation and of reproduction of information, which at present have turned into something usual into our lives. It is a question of means not only written and in support very different from the paper and similar. The motives that led to this new regulation of the means of test in the LEC of 2000 it was a legal opening to the reality in addition as an obliged express recognition of the instruments that were allowing to gather or to reproduce words, sound and images or information, numbers and mathematical operations. The introduction of these named new means of test can be considered to be an excellent contribution on the part of the new LEC.

Relative to videographical evidences in employment laws, on the sections 85.5, 87 and 90 barely include any information regarding its regulation previously established by the LEC; thus it is stabilised on the 4th Final Disposition, the supplementary use of the LEC for any type of evidence that is no stated on the LJS, especially dense in evidence matter.

The relations between the Law of the Social Jurisdiction (in forward LJS) and the LEC they have been sustained traditionally across a clause of temporary contained in the Fourth Final Disposition of the LJS which establishes " In not foreseen in this Law it will govern like supplementary the Law of Civil Prosecution and, in the suppositions of challenging of the administrative acts which competition corresponds to the social order, the Law of the Contentious - administrative Jurisdiction, with the necessary adjustment to the particularities of the social process and in all that they are compatible with his beginning ", that is to say, he claims the aid of the second one in not foreseen in the first one, having in it tells in addition that the own LEC has incorporated in his article 4 a clause added of temporary in that is

found " in fault of dispositions in the laws that regulate the labour processes they will be of application the rules of the present law ".

This, should be added some express references done by the LJS, inside which the contained one might be included in the article 90.1 LJS " The parts, previous justification of the usefulness and relevancy of the proposed formalities, they will be able to be served all the means of test they are regulated in the Law to accredit the facts controversial or needed from test, included the procedures of reproduction of the word, of the image and of the sound or of file and reproduction of information, which will have to be reached by means of suitable support and putting at the disposal of the jurisdictional organ the means necessary for his reproduction and later witness in cars ". In relation to the above mentioned thing previously, it is possible to observe as the above mentioned regulation of temporary has met reinforced with the entry into force of the Law 1/2000 of Civil Prosecution.

In order that the temporary could be applied as for test contained in the LEC it is necessary that there is carried out a previous judgment of applicability, consistent in determining if it exists or I do not empty normative or fault of regulation of the labour norm.

At first, it is possible to affirm with general character, on all the aspects of the test, since they are, between others, the object the admission and the practice, the technology of incident is the temporary for mandate of arranged in the First Additional Disposition of the LJS and the article 4 LEC. In addition, the own article 87 LJS sends in several occasions to arranged in the LEC in relation to the test.

The procedure of evidence in the work environment is regulated in the sections 87 and 90, and in following LJS, however they do not include any specific mentions regarding its incorporations to the process. This lack of prevision can be partially solved by the application of supplementary rules from the sections 382 to 384 LEC, relative to the use of the so called audio-visual means and IT support as evidence.

The evidential examination consists on the verification of the audio-visual tools and sources that will be involved during the reproduction of the images and sounds in front of judge and an audience, as per the section 382 LEC. Thus, the party that provides the evidence must provide the necessary means to reproduce it in front of the judge, section 82.2 LJS. On the same lines, relative to the IT support, section 384.1 LEC, it is established that the evaluation of the evidence must be through the means provided by the parties supporting the evidence, or by the Tribunal.

The LJS cannot provide arguments relative to the procedure followed by audio-visual

means and systems that allow the storage, recognition or reproduction, hence it shall be referred to the procedure established by the LEC. The sections 382.3 and 384.3 LEC claims “The judge shall appreciate the proof in accordance to the rules of the sane critic and any proof mean shall be admitted if the Judge shall instruct so.”

Within what might be considered videographic evidence, it shall be introduced social media as a new object of evidence.

Recently, the new technologies have had a great impact in the society, due to the addition to our everyday life of new application that allow us to interact with a vast number or people worldwide/ it must be highlighted the introduction and usage of Facebook, Twitter, Myspace, Instagram, etc. all of these applications account millions of users, hence we could claim that they all are a big part of our daily activities.

The rapid widespread of these technologies has had a knock on effect on the legal system, that affect the diverse sectors of the legal regime, amongst them, labour jurisdiction. Social media has more and more a greater presence in employment relations, to the extent that, their usage is causing problems and complications that require legislative regulation or jurisprudential development.

It can be encountered that social media is now involved in the workplace relations, from the beginning of the job contract until the termination such contract, the last one being sometimes analysed by tribunals as complaint against dismissal or disciplinary action.

Thus, the judicial process now faces new difficulties linked to the use of social media in the work environment related to employments contracts. In particular, just to mention a few, the possible breaching of privacy, authorship assignment, and evidence validation.

The section 299.3 LEC, previously mentioned, admits the possibility of the usage of any mean of evidence that might not be foreseen on the previous points within the section.

It is no uncommon to encounter judicial pronouncements that might accept such evidence in order to demonstrate different questions. there is a wide number of judicial cases where the court uses this new type of evidence in order to demonstrate Diverse allegations, such as the existence of a relationship amongst team members, employee behaviours that could potentially lead to dismissal, to publicly publish detrimental opinions towards the company, manager or superior, the realisation of activities non compatible with temporary disability, etc., are a few of the instances where evidence could be found on social media.

It must now be argued the procedures followed and used in the collection of such evidence,

since it should always be ensured that it has been obtained without breaching directly or indirectly fundamental rights and privacy. This claim can be put forwards by any or the parties involved, as well as the tribunal when the evidence is presented.

The most recent sentences passed by the Supreme Court, show that there is an increasing tendency in the use of information publicly published by the employee on social media as evidence to support disciplinary measures adopted by the employer, such as dismissal.

The main challenge faced by the tribunal is to analyse the validity of the information obtain from social media by the employer, and its legitimacy to be used as dismissal justification or disciplinary action.

Firstly, it must be considered whether the employee's fundamental rights, such as privacy, have been breached, since it would then be questioned the use of the evidence to justify the penalisation. The sentences given so far, where the employee alleged breaching of privacy, have been rejected in the case where the information has been published in social media with no restricted access. In can be taken from such cases that when the evidence provided by the employer has been obtained from a public profile, it will have expected to fall under the customer's privacy. I.e. since the employee decided that anyone could have access to that information without the requirement of a password, it cannot be considered that the employee's privacy has been breached, hence the company could use the information to undertake disciplinary action.

Another or the main problems arise during this process, is the use of the correct technical support when providing the evidence to court.

Choosing the most suitable It support to present the evidence is a crucial part of the process. The employee will be able to provide the evidence in a format of "screen shot" of images, words and video. Likewise, this could require the presence and evidence of a technician that would prove the validity and legitimacy of the source where such evidence was obtained from, as well as the usage of notarial deeds to corroborate the date and source of a given piece of information published on social media.

Nevertheless, the use of social media as evidence creates a vast number of problems that indirectly affect court practice. The main issue being to prove the legitimacy of the content of the evidence, one side being the authorship dispute, and second, the content of was has been made public.

Relative to authorship, the main point that needs clarification is whether or not the social

media profile belongs to the appointed author, and if it was him who published the information now used as evidence. Social media profiles does not always offer absolute certainty when trying to identify the person behind the profile; to the extent that it is extremely easy to fraudulently use somebody else's identity.

When these cases occur, the evidence will be disputed by denying the authorship. The section 384.2 LEC, relative to section 382.2 LEC when regulating the storage and reproduction of the evidence, gives power to the party that proposes the evidence to provide the instrumental tools and systems required for the analysis of the evidence, as well as giving the power to the opponent parties to dispute the evidence relative authorship to or accuracy of this. In order to overcome this issue, several procedures can be undertaken to prove the legitimacy of the evidence, such as providing IT technician evidence, or locating the user's IP from where the content was published.

On the other hand, regarding the content published, it must always be taken into consideration the possibility that the information was published by a different individual but the profile owner; or also the possibility that it was indeed published by the author, however in a state where he or she was not conscious of reality. Regardless of the situation, the main problem the court faces are to prove the legitimacy of the evidence, and it could be proved, as it was with the authorship dispute, by the usage of whatever means might be required.

It must be introduced now the problem introduced by the use of the type of social media where any person could freely argue and personal express opinion. Is it here where the personal environment mixes with the professional environment, since actions that originally strictly belong to the personal sphere, might have an indirect effect on the author's professional life, therefore could be used by the employer to enforce disciplinary action. An example of this situation could be the sharing of comments and publications on social media that might involve the breaching of the contract. In order to avoid this, the employer could establish limits to their employees, and advise of the consequences that the breaching of these limits might imply.

To sum up, it will be required to inform and make the employee aware of the conditions and regulations of the IT software provided by the company. This is enclosed in the Workplace Code of Conduct, to make both parties aware of the rules and regulations of the workplace. Such policies could be entirely imposed by the companies, in its directive role, or previously agreed by both parties concerned in this matter.

These Codes of Conduct should include, first of all, the correct use of the IT software

provided by the company, as well the potential consequences imposed where the established use of the software is not compliant with the regulations. It should also make employees aware of the existence of controls, whose main purpose is to store the information obtained from the IT software, for confidentiality purposes.

The most common behaviours and actions that lead to disciplinary action towards the employee are related to the publishing or sharing of comments on social media that suppose a breach of the contract. Through the use of social media is how employers more often find out when an employee has violated the job contract.

In a recent sentence imposed, the Supreme Court has established the criteria that most social media evidences need to fulfil in order to be considered as legitimate. Even though social media messages are valid, they need to be handled carefully to avoid potential manipulation of the contents.

In the hypothetical situation where a message is used by the accusation that has been published and obtained on social media, the technical evidence must be a requirement in order to verify the source of communication, i.e. public profile, as well as the identity of the author and the exact content of the message.

The Supreme Court is aware that “there is the possibility of content manipulation”, thus it establishes strict regulations to ensure the legitimacy of the evidence. It sums up by establishing that “an evidence that has been obtained online, being a visual evidence and not physical, is perfectly valid in the court room and its use as evidence must be admitted”.

In order to use this type of evidence, however, a screen shot will not be acceptable as such since they can easily be forged and modified. Hence, it would be required to provide supporting evidences, such as a witness testimony, with notarial validity, on a CD form, the transcription of the message, or the disposition of the password and user-name of the social media profile to undertake the necessary measures and investigations.

Once all the different steps of the process have been undertaken in order to verify the evidence, by the judge and also the tribunal, we shall now discuss the judicial cases where the usage of social media as evidence supposes a problem for employment law, and its contribution on the court of this new type of evidence.

All in all, all the above mentioned can be used and put in practice in numerous recent sentences where the main evidence was found on social media platforms. These type of pioneer trials and sentences establish a basis for future regulations and guidelines that

need to be followed during this relative new object of evidence.

Some judgments that stand out are:

- STSJ of Castile and León, headquarters in Valladolid, 368/2010, of April 21 (resup. 368/2010)
- STSJ 475/2012, of June 25, 2012, Madrid (Resup. 1500/2012)
- STSJ, 1333/2013, of June 13, Asturias (resup. 0000241/2013)
- STSJ of Castile and León, headquarters in Valladolid, 2167/2013, of December 27, (resup. 1708/2013)
- STSJ 2432/2014, de 25 de abril, Galicia (resup. 4347/2014)
- STSJ 5098/2014, of July 11 of 2014Cataluña, (resup. 2817/2014)
- STSJ 30/2015, of January 26, Madrid (sesup. 679/2014)
- STSJ 340/2015, of December 11, La Rioja (resup. 344/2015)

In these judgments that have been analyzed in the development of the work, it is possible to observe how there have been solved the problems that it raises the social networks as way of evidence. It is possible to observe the necessary requirements in order that the social networks should be admitted forthwith of judgment, how practices forthwith of judgment or his later valuation by the judge.