

LAS REDES SOCIALES COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

THE SOCIAL NETWORKS AS A MEAN OF EVIDENCE IN THE LABOUR PROCESS

Francisco Andrés Valle Muñoz

Profesor Titular (acreditado como Catedrático) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

francisco.valle@upf.edu ORCID [0000-0002-7468-0796](https://orcid.org/0000-0002-7468-0796)

Recepción de trabajo: 16-02-2023 - Aceptación: 04-03-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 118-143

- 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. LA OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS REDES SOCIALES: LA LICITUD DE LA PRUEBA. 2.1. La licitud de la prueba y su tratamiento jurídico procesal. 2.2. Los derechos fundamentales afectados. 2.3. El tratamiento normativo y judicial.
- 3. LA APORTACIÓN AL PROCESO DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS REDES SOCIALES: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA. 3.1. La naturaleza jurídico probatoria de la información contenida en las redes sociales. 3.2. La información contenida en las redes sociales como prueba documental. 3.3. La información contenida en las redes sociales como prueba electrónica o digital.
- 4. LA EFICACIA PROBATORIA DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS REDES SOCIALES. 4.1. La autenticidad e integridad de la información contenida en las redes sociales y su acreditación mediante medios de prueba alternativos. 4.2. El interrogatorio de las partes: la impugnación de la prueba por la parte a quien perjudica. 4.3. El interrogatorio de testigos. 4.4. El reconocimiento judicial y la intervención del letrado de la Administración de Justicia. 4.5. El levantamiento de acta notarial. 4.6. La prueba pericial informática. 4.7. Eficacia probatoria y valoración judicial de la información contenida en las redes sociales.
- 5. CONCLUSIONES. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA.

* El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado: "Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio" (2021-2025) a cargo del Ministerio de Ciencia e Innovación y con número de referencia: PID 2020-115304GB-C21.

RESUMEN

En el presente estudio se aborda el valor probatorio de las redes sociales en el proceso laboral sobre la base de analizar tres grandes temas: el primero de ellos es la licitud de este medio de prueba, cuando la información contenida en las redes sociales se obtiene por el empresario con vulneración de derechos fundamentales del trabajador como son el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos de carácter personal, o el derecho al secreto de las comunicaciones; el segundo tema está relacionado con la naturaleza jurídica autónoma o no de este medio de prueba y su calificación como prueba documental o como prueba electrónica; y el tercero de ellos está relacionado con la eficacia probatoria de este medio de prueba y concretamente con el recurso a otros medios alternativos para constatar la autenticidad e integridad de la información cuando es impugnada en el acto de juicio por la parte a quien perjudica.

PALABRAS CLAVE: redes sociales, medio de prueba, proceso laboral.

ABSTRACT

In this study, we analyse the value of social networks as a means of proof in the labour process. For this, we study three main issues: the first one is the legality of this proof, when the information contained in them violates fundamental rights of the worker such as the right to privacy, the right to protection of personal data, or the right to secrecy of communications. The second issue is the autonomous legal nature or not of this means of proof and its qualification as a documentary or electronic evidence. The third issue is the effectiveness of instant messaging and the use of other alternative means of proof to verify its authenticity and integrity when the person who harms it challenges this proof in the act of trial.

KEYWORDS: social network, mean of evidence, labour process.

1. INTRODUCCIÓN

La evolución de Internet ha propiciado el nacimiento de las redes sociales entendidas como plataformas de comunicación en las que interactúan gran número de usuarios, a quienes se les ofrece una libre suscripción por la que pueden crear su propio perfil donde publicar contenidos de todo tipo, tanto personales como profesionales, e interactuar con otros usuarios¹. Es el caso de “YouTube”, “Twitter”, “Tuenti”, “Facebook”, “Instagram”, “LinkedIn”, etc.

Estamos en presencia de formas de comunicación dirigidas a un amplio grupo de destinatarios mediante las cuales los usuarios pueden compartir información en múltiples formatos (texto, imagen, audio o vídeo). Desde esta perspectiva, la publicación de comentarios, opiniones, fotografías audios o vídeos, por parte del trabajador en redes sociales, ha tenido una repercusión inmediata en el ámbito de las relaciones de trabajo, habida cuenta que en algunas ocasiones han constituido incumplimientos contractuales sancionables por el empresario².

Por ello las redes sociales también se han convertido en un medio de prueba utilizado por la empresa para demostrar judicialmente el incumplimiento contractual del trabajador que legitimará a su vez el ejercicio del poder disciplinario³. De este modo, la información contenida en las redes sociales han servido para probar: la existencia de una relación laboral⁴; la realización de actividades que constituyen competencia desleal con la empresa⁵; la realización de actividades incompatibles con

1 Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, *Iuslabor*, núm. 1, 2018, pág. 233 y ss.

2 Villalba Sánchez, A., “El despido del trabajador derivado del uso de las redes sociales”, *Iuslabor*, núm. 3, 2022, pág. 30 y ss.

3 Munín Sánchez, L.M., “Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba”, en AA.VV. *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: Estudios desde el Derecho español y comparado*, ed. Dykinson, Madrid, 2017, pág. 335 y ss.; Nores Torres, L.E., “Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2014, pág. 317 y ss.; Selma Penalva, A., “La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, pág. 356 y ss.; Molina Navarrete, C., “Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: Efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 150, 2019, pág. 331 y ss.

4 STSJ de Galicia de 12 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 3743/2012).

5 STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2010 (Rec. núm. 2865/2010); STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2011 (Rec. núm. 1170/2011); STSJ de Madrid de 25 de junio de 2012 (Rec. núm. 1500/2012); STSJ de Aragón de 14 de mayo de 2012 (Rec. núm. 219/2012); STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de febrero de 2013 (Rec. núm. 3182/2012).

LAS REDES SOCIALES COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

la incapacidad temporal⁶; comentarios y opiniones desconsiderados hacia la empresa⁷, compañeros de trabajo⁸ o clientes⁹; la existencia de fotos que comprometen la seguridad de la empresa¹⁰ o su buena imagen¹¹; o simplemente el abandono del puesto de trabajo y la falta de rendimiento debido ante la utilización de las redes sociales durante la jornada de trabajo¹².

Las redes sociales permiten dejar constancia de conductas irregulares de los trabajadores que quedan debidamente registradas y que es posible utilizar en el acto de juicio como medio de prueba, en lo que se ha conocido como prueba electrónica o digital, entendida como aquella información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido mediante el convencimiento psicológico, o bien como consecuencia de fijar una norma legal este hecho como cierto¹³.

En esta materia, tres han sido los temas que merecen especial atención desde un punto de vista jurídico procesal: el primero de ellos es el relativo a la obtención de la prueba y concretamente a la licitud de la misma cuando la información contenida en las redes sociales se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales del trabajador como son el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos de carácter personal, y especialmente el derecho al secreto de las comunicaciones, así como los efectos que ello comporta a nivel procesal.

El segundo tema está relacionado con la aportación de esta prueba al proceso, lo que nos lleva a abordar la naturaleza jurídico probatoria de la información contenida en las redes sociales y concretamente su calificación como prueba electrónica o como prueba documental, cuestión trascendental

6 STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 2010 (Rec. núm. 2096/2010); STSJ de Madrid de 23 de enero de 2012 (Rec. núm. 3803/2011); STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2012 (Rec. núm. 966/2012); STSJ de Murcia de 16 de julio de 2012 (Rec. núm. 481/2012); STSJ Galicia de 16 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 4213/2012); STSJ de Asturias de 19 de abril de 2013 (Rec. núm. 528/2013); STSJ de Asturias de 14 de junio de 2013 (Rec. núm. 241/2013); STSJ Andalucía de 19 de septiembre de 2013 (Rec. núm. 2586/2012); STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2015 (Rec. núm. 2723/2014); STSJ de Galicia de 21 de noviembre de 2016 (Rec. núm. 2533/2016); STSJ de Madrid de 28 de junio de 2021 (Rec. núm. 355/2021).

7 STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2011 (Rec. núm. 5016/2010); STSJ de Murcia de 14 de mayo de 2012 (Rec. núm. 99/2012); STSJ de Aragón de 9 de mayo de 2012 (Rec. núm. 162/2012); STSJ de Galicia de 23 de febrero de 2012 (Rec. núm. 4927/2011); STSJ de Galicia de 8 de octubre de 2014 (Rec. núm. 2941/2014); STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2017 (Rec. núm. 6712/2016); STSJ de Murcia de 26 de abril de 2017 (Rec. núm. 1240/2016); STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2017 (Rec. núm. 2871/2017); STSJ de Galicia de 29 de mayo de 2019 (Rec. núm. 682/2019); STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2019 (Rec. núm. 4183/2019).

8 STSJ de Cataluña de 10 de junio de 2011 (Rec. núm. 631/2011); STSJ de Andalucía de 15 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 1331/2012); STSJ de Andalucía, 5 de julio de 2017 (Rec. núm. 845/2017).

9 STSJ de Madrid de 30 de marzo de 2012 (Rec. núm. 798/2012).

10 STSJ de Andalucía de 10 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 2333/2011).

11 STSJ de Aragón de 26 de junio de 2018 (Rec. núm. 350/2018).

12 STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2011 (Rec. núm. 3505/2011); STSJ de Murcia de 14 de octubre de 2013 (Rec. núm. 655/2013).

13 Sanchis Crespo, C., "La prueba en soporte electrónico", en AA.VV. *Las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia: análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 713 y ss.

pues según se califique como una u otra, cabrá amparar en ella la revisión de los hechos declarados probados en una sentencia a través de los recursos de casación ordinaria y de suplicación, que solo admiten la revisión fáctica de la sentencia a través de pruebas documentales pero no electrónicas.

Y el tercer tema está relacionado con la eficacia probatoria y la valoración judicial de la información contenida en las redes sociales, y más específicamente con los medios alternativos de prueba sobre su autenticidad e integridad cuando dicha información es impugnada en el seno del proceso laboral por la parte a quien perjudica. En este punto merece especial atención la prueba de interrogatorio de parte, la prueba de interrogatorio de testigos, la de reconocimiento judicial, y muy especialmente la prueba pericial informática.

2. LA OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS REDES SOCIALES: LA LICITUD DE LA PRUEBA

2.1. La licitud de la prueba y su tratamiento jurídico procesal

El artículo 24.2 de la Constitución Española (CE) reconoce el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en un proceso judicial para articular la defensa y formar la convicción del juzgador. Pero el ejercicio de ese derecho debe limitarse a la práctica de la prueba lícita, es decir, aquella que no se haya obtenido o se haya incorporado al proceso con vulneración de derechos fundamentales.

Por tal motivo el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dispone que: *“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*. Y de manera paralela, el artículo 90.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) señala que: *“No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”*.

Aunque el artículo 11.1 de la LOPJ alude a *“derechos o libertades fundamentales”*, se impone una interpretación estricta de lo que el legislador entiende por *“derechos fundamentales”* cuya violación genera la ilicitud de la prueba y serían concretamente los contenidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE. Se trata por tanto de los *“derechos fundamentales y libertades públicas”*, con exclusión de los derechos contenidos en la Sección 2ª, cuya rúbrica es la de: *“derechos y deberes de los ciudadanos”*, ya que, de no ser así, sería difícil justificar la limitación del derecho a la prueba (que también es un derecho fundamental), por otro derecho de un rango constitucional inferior. Quedan por tanto excluidos los derechos constitucionales que no sean derechos fundamentales¹⁴.

¹⁴ Lousada Arochena, J.F., “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, 2006, pág. 1 y ss.; Gil Plana, J., *La prueba en el proceso laboral*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 202 y ss.

El artículo 90.2 de la LRJS recuerda que la ilicitud de una prueba *“podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida. A tal efecto, se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las diligencias que se puedan llevar a cabo en el acto del juicio sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia”*¹⁵.

Y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que es de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Cuarta de la LRJS, prevé de manera similar en su artículo 287, el incidente que ha de seguirse en el proceso civil cuando en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales.

De ambos preceptos se desprende que, si la ilicitud resulta clara, el juzgador debe inadmitir la prueba, sin perjuicio del oportuno recurso de reposición contra la resolución de inadmisión por la parte perjudicada. Pero también es cierto que, si le ofrece dudas, no admitirla podría vulnerar el derecho a la prueba, de ahí la conveniencia de su admisión, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda efectuar la oportuna protesta en el acto de juicio a los efectos del posterior recurso contra la sentencia, una vez ésta hubiera sido dictada¹⁶.

Esta prohibición de admitir en el seno del proceso pruebas que hayan vulnerado derechos fundamentales se fundamenta en la posición preferente de éstos en el ordenamiento jurídico en su condición de derechos inviolables, de modo que, admitida la ilicitud de una prueba, la consecuencia será la eliminación de la misma del proceso, no debiendo tenerla en consideración el juez a ningún efecto.

En cualquier caso, para que una prueba sea calificada de ilícita, será necesaria la concurrencia de dos requisitos: en primer lugar, que se haya vulnerado algún derecho fundamental sin que sea suficiente que en el control empresarial que está en el origen se pueda haber cometido alguna irregularidad; y en segundo lugar que exista una conexión funcional entre la vulneración del derecho fundamental y el resultado probatorio¹⁷.

Por otra parte, un análisis de los supuestos de licitud probatoria en el proceso laboral pone de manifiesto dos datos: el primero de ellos es que la prueba ilícita se obtiene en un momento previo al proceso, y como consecuencia del ejercicio del poder empresarial de control de la relación laboral.

¹⁵ Véase: Aramendi Sánchez, J.P., "Comentarios al artículo 90 de la LRJS", en AA.VV. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, ed. La Ley, Madrid, 2015, pág. 648 y ss.

¹⁶ Lousada Arochena, J.F., "La prueba ilícita en el proceso laboral", ob. cit. pág. 5 y ss.

¹⁷ Munín Sánchez, L.M., "Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba", ob. cit. pág. 341 y ss.

Y el segundo dato es la desigualdad real existente entre las partes contractuales, circunstancia ésta que hace que los poderes empresariales de control facilitados por las nuevas tecnologías, puedan fomentar situaciones de abuso.

Desde esta perspectiva se ha afirmado que, aunque la prohibición de la prueba ilícita en el proceso laboral se proponga como una regla de alcance procesal, en realidad se trata de una aplicación más de la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en el seno de la relación de trabajo que impone tener en cuenta la desigualdad de origen existente entre empresario y el trabajador, desigualdad que ha de reequilibrarse de forma patente en el proceso de trabajo¹⁸.

De hecho, cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental: *“el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación mediante auto previa ponderación de los intereses afectados, a través del juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación, aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos en su caso”* (artículo 90.4 de la LRJS).

Y si *“como resultado de las medidas anteriores se obtuvieran datos innecesarios, ajenos a los fines del proceso o que pudieran afectar de manera injustificada o desproporcionada a derechos fundamentales o a libertades públicas, se resolverá lo necesario para preservar y garantizar adecuada y suficientemente los intereses y derechos que pudieran resultar afectados”* (artículo 90.6 de la LRJS).

2.2. Los derechos fundamentales afectados

Los principales derechos fundamentales del trabajador que pueden verse afectados por el control empresarial del uso de las redes sociales son: el derecho a la intimidad (art. 18.1 de la CE), el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 de la CE) y el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE). Pero también puede afectar al derecho fundamental a la libertad de expresión que tiene el trabajador, contemplado en el artículo 20.1.a) de la CE.

El derecho fundamental a la intimidad, previsto en el artículo 18.1 de la CE, es aquél que protege la dimensión íntima de las personas. Al respecto, la doctrina constitucional¹⁹ ha afirmado que: *“la función del derecho fundamental a la intimidad es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad”*. Se trata de un dere-

¹⁸ Baylos Grau, A., “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, en AA.VV. *La prueba en el proceso laboral*, ed. CGPJ, Madrid, 1998, pág. 245; Del Rey Guanter, S., “Nuevas técnicas probatorias, obtención ilícita de la prueba y derechos fundamentales en el proceso laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 37, 1989, pág. 65 y ss.; García-Perrote Escartín, I., *La prueba en el proceso laboral*, ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 139 y ss.

¹⁹ STC núm. 292/2000, de 30 de noviembre.

cho que confiere el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, pese a su estrecha vinculación con el derecho a la intimidad, es sin embargo un derecho autónomo, con una regulación propia en el artículo 18.4 de la CE. En este punto, la doctrina constitucional²⁰ ha insistido en que es un derecho que: “persigue garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y su destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado”. Se trata de un derecho que confiere un poder de disposición sobre los datos personales y que permite también al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Y el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, previsto en el artículo 18.3 de la CE, es un derecho que, tal y como expresa la doctrina del Tribunal Constitucional²¹: “consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas”. Por tanto, el derecho al secreto de las comunicaciones tiene el objetivo de proteger las comunicaciones frente a cualquier interferencia o intromisión ilegítima por terceros ajenos a la comunicación, pero no impide que el destinatario pueda divulgar el contenido de la comunicación²².

Por lo que se refiere al derecho fundamental a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1.a) de la CE, el Tribunal Constitucional²³ ha señalado que la libertad de expresión hace referencia a la libertad para comunicar pensamientos, ideas, y opiniones por cualquier medio de difusión, ya sea general o restringido. Al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos (como sucede con el derecho fundamental a la libertad de información), dispone de un campo de acción que viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas y que no contravengan otros valores constitucionales o derechos fundamentales, tales como la igualdad, dignidad o el derecho a la intimidad²⁴.

Como puede comprobarse, se trata de una materia en la que entran en conflicto ciertos derechos fundamentales del trabajador frente al derecho constitucional a la libertad de empresa. Y a la hora

20 STC núm. 29/2013, de 11 de febrero.

21 STC núm. 123/2002, de 20 de mayo.

22 STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre.

23 STC núm. 85/1992, de 8 de junio.

24 La doctrina judicial ha entendido que vulnera el derecho a la libertad de expresión, así como el derecho a la libertad sindical, los despidos de trabajadores que, en su condición de antiguos miembros del comité de empresa o como secretarios de la sección sindical, expresaron opiniones críticas hacia la empresa mediante las redes sociales. STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2019 (Rec. núm. 4183/2019) y STSJ de Galicia de Cantabria de 11 de febrero de 2020 (Rec. núm. 997/2019).

de proteger estos derechos fundamentales, los tribunales debieran hacerlos prevalecer frente a la potestad de control del empresario.

2.3. El tratamiento normativo y judicial

Actualmente, y desde un punto de vista estrictamente legal, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), dispone que: *“El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad...”*. Y según el artículo 20.bis del ET: *“Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador... en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”*.

Ello significa que cuando estos derechos fundamentales del trabajador están en juego, tanto la obtención como la aportación de las preceptivas pruebas por parte del empresario en el seno del proceso laboral deberá ser respetuosa con la normativa reguladora de los mismos y especialmente con la normativa reguladora de la protección de datos personales, contenida en el Reglamento 2016/679 de la Unión Europea, de 27 de abril, sobre protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales y la libre circulación de los mismos (RGPD), y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)²⁵, norma ésta última, que ha establecido una regulación específica en su artículo 87.

Este precepto, con el título: *“Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral”*, señala expresamente que los trabajadores tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empresario. Éste podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de garantizar la integridad de dichos dispositivos. Los empresarios también deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de la intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente y en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. Además, el acceso por el empresario al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Y los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se ha hecho referencia.

²⁵ Salas Velasco, A.C., “La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso”, en AA.VV. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales. XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, ed. CEJFE, Barcelona, 2019, pág. 223 y ss.; López Balaguer, M., Ramos Moragues, F., “Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud de la prueba en el proceso laboral”, en AA.VV. *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías, estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 387 y ss.

LAS REDES SOCIALES COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

Respecto a la fiscalización empresarial del dispositivo digital desde el que se han utilizado las redes sociales por parte del trabajador, habrá que diferenciar según si éste es propiedad del empresario o propiedad del trabajador, y en el primero de los casos, según el uso que se le haya dado al mismo²⁶.

Si el dispositivo digital es propiedad del empresario y éste ha prohibido al trabajador su uso para fines privados durante la jornada laboral (como sería el uso de las redes sociales), se considerará lícito el acceso al mismo para constatar tal circunstancia y no se vulneraría ningún derecho fundamental, al no existir ninguna expectativa de confidencialidad. Y si el empresario hubiese permitido el uso del dispositivo digital para fines profesionales, pero también personales, habrá que estar a los criterios de utilización y a los límites dispuestos en el artículo 87 de la LOPD para valorar si se ha vulnerado o no algún derecho fundamental del trabajador. En este punto es importante tener presente que cuando la prestación laboral consista o conlleve la inevitable utilización de las redes sociales, el empresario podrá determinar el uso que de ellas ha de hacerse, más aún si el empresario es el titular también del perfil de la red social²⁷.

Si el dispositivo digital es propiedad del trabajador, su uso será estrictamente personal, y rigen plenamente los derechos fundamentales a los que hacíamos referencia: el derecho a la intimidad, a la protección de datos de carácter personal y al secreto de las comunicaciones, y cualquier vulneración de los mismos habrá que investigarla y probarla a través de otros medios y respetando siempre el principio de proporcionalidad.

Dicho esto, el usuario de una red social puede configurar su perfil en ella como “abierto” al público, permitiendo que cualquier usuario pueda verlo e interactuar con él; o de forma “cerrada” al público, de modo que el propio usuario selecciona aquellas personas que pueden ver su perfil. Siendo ello así, el control empresarial del uso de las redes sociales vulnerará o no el derecho fundamental a la intimidad o a la protección de datos de carácter personal del trabajador según si la red social es configurada por éste con un perfil abierto o público o por el contrario con un perfil cerrado o privado.

Si la red social es abierta al público, no entra en juego la protección del derecho a la intimidad del trabajador ya que el usuario no estaría reservando su esfera privada²⁸. Así lo ha entendido la doctrina

26 Muñiz Ferrer, R., “Los nuevos medios de prueba en el procedimiento laboral: teléfonos móviles y Whatsapps”, *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 30, 2017, pág. 7 y ss.

27 Villalba Sánchez, A., “El despido del trabajador derivado del uso de las redes sociales”, ob. cit. pág. 37 y ss.

28 Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pág. 236 y ss.; Fons Carbonell, M.R., “Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral”, en AA.VV. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales. XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, ed. CEJFE, Barcelona, 2019, pág.293 y ss.; Munín Sánchez, L.M., “Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba”, ob. cit. pág. 335 y ss.; Nores Torres, L.E., “Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral”, ob. cit., pág. 317 y ss.; Selma Penalva, A., “La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales”, ob. cit. pág. 368 y ss.

judicial²⁹, que niega la existencia de vulneración del derecho a la intimidad del trabajador cuando éste tiene un perfil abierto al público, dado que hay una autorización del titular del derecho para que cualquiera, incluido su empresario, pueda tener conocimiento de la parte de su intimidad que expone, por la publicidad que supone su medio. En la medida en que la información utilizada se ha colgado con un perfil público de una red social, no existe expectativa de privacidad, o, en otras palabras: dado que el propio trabajador decide que cualquiera puede acceder a esa información, no puede entenderse vulnerado su derecho a la intimidad si la empresa utiliza esta información para adoptar una medida disciplinaria.

En sentido contrario, si el perfil es cerrado, se consideran intromisiones ilegítimas el acceso a los mensajes o contenidos privados de un usuario sin el consentimiento del mismo, o la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia como son fotografías o comentarios.

En conclusión: la vulneración del derecho a la intimidad o a la protección de datos de carácter personal del trabajador, a efectos de convertir en ilícita la prueba obtenida, dependerá del carácter público o privado del perfil del usuario en la red social. Si el perfil es abierto, se entiende que la información publicada en ella no forma parte de la esfera privada del individuo y que la utilización de dicha información en el proceso es admisible porque no se ha obtenido vulnerando su derecho a la intimidad. En sentido contrario, si el perfil de usuario es cerrado o privado, la obtención de la prueba se realizaría de forma ilegítima, se estaría vulnerando el derecho a la intimidad y por tanto la prueba no sería admisible en el seno del proceso³⁰.

Por lo que se refiere al derecho al secreto de las comunicaciones, y tratándose de información existente en las redes sociales, el citado derecho puede verse vulnerado cuando el destinatario de la información (bien sean opiniones, fotografías, vídeos, etc.) reenvía la misma a terceros, y más concretamente al empresario, que descubre en esa información un posible incumplimiento contractual del trabajador susceptible de sanción.

En este punto la doctrina judicial³¹ ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que el derecho al secreto de las comunicaciones únicamente protege frente a terceros ajenos a la comunicación, pero no impone un “deber de secreto” a los destinatarios de la misma. Si acaso, sobre ellos opera un “deber de reserva” en función de cuál sea el contenido de lo comunicado y más específicamente si lo comunicado forma parte de la esfera personal de quien envía el mensaje, pero en tales casos ello podría suponer una afectación a otro derecho fundamental, como es el derecho a la intimidad.

29 STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2012 (Rec. núm. 966/2012); STSJ de Asturias de 14 de junio de 2013 (Rec. núm. 241/2013); STSJ de Castilla y León de 30 de abril de 2014 (Rec. núm. 491/2014); STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2015 (Rec. núm. 2723/2014); STSJ de Cantabria de 10 de noviembre de 2015 (Rec. núm. 765/2015); STSJ de las Islas Canarias de 22 de enero de 2016 (Rec. núm. 1167/2015); STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2018 (Rec. núm. 4292/2017).

30 Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pág. 238 y ss.; Fons Carbonell, M.R., “Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral”, ob. cit. pág. 293; Salas Velasco, A.C., “La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso”, ob. cit. pág. 228.

31 STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2016 (Rec. núm. 300/2016); STSJ de Andalucía de 22 de noviembre de 2017 (Rec. núm. 3626/2016), entre otras.

Al no imponerse un deber de secreto a los destinatarios de la conversación como son los “amigos” de Facebook o de una red social similar, no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones cuando el contenido publicado en la red social privada es compartido o difundido por una persona destinataria de la publicación, que puede reenviar dicha comunicación al empresario para que éste pueda usarla en un juicio. De modo que la revelación de una conversación por parte de uno de los interlocutores al empresario no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, y, por tanto, resulta una prueba válida, al no existir una intromisión ilegítima³².

Ello supone que la información publicada en redes sociales puede ser utilizada en juicio de forma legítima por dos vías sin que por ello se vulnere el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: bien porque la persona destinataria de la información (por ser “amigo” o por ser la red de carácter público), quiere utilizar dicha información; o bien porque la persona que no es destinataria de la información (al no estar en el círculo de “amigos”) recibe la información de interés por vía de un “amigo” o legítimo destinatario³³.

3. LA APORTACIÓN AL PROCESO DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS REDES SOCIALES: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA

3.1. La naturaleza jurídico probatoria de la información contenida en las redes sociales

Según el artículo 90.1 de la LRJS: “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”.

Los medios de prueba “regulados en la Ley” y admisibles en el proceso laboral son los descritos, con carácter general, en el artículo 299.1 de la LEC, y concretamente: el interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial, y el interrogatorio de testigos.

32 STSJ de las Islas Canarias de 27 de julio de 2016 (Rec. núm.385/2016); STSJ de Cantabria de de enero de 2019 (Rec827/2018).

33 Cfr. Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pág. 240 y ss.; Muñoz Ferrer, R., “Los nuevos medios de prueba en el procedimiento laboral: teléfonos móviles y Whatsapps”, ob. cit. pág. 2 y ss.

Pero el artículo 90.1 de la LRJS también admite los medios electrónicos antes descritos, y de hecho el artículo 299.2 de la LEC, señala que: *“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”*. Este precepto reconoce a la prueba electrónica como un medio de prueba autónomo cuya regulación se desarrolla en los artículos 382 y 383 de la LEC con la terminología legal de *“instrumentos de filmación, grabación y semejantes”*, y en el artículo 384 de la LEC con la denominación de *“instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso”*³⁴.

En aquellos casos en que la información contenida en las redes sociales se aporta al acto de juicio, se plantea el problema de determinar ante qué tipo de prueba nos encontramos.

Tratándose de la información contenida en redes sociales, lo habitual es que las partes aporten los mensajes o fotografías publicados en ellas, bien en soporte papel mediante captura de pantalla (lo que se conoce como *“pantallazo”*), o bien mediante transcripción en papel del contenido de la conversación. En este punto, se ha discutido sobre si las publicaciones en redes sociales pueden ser consideradas documentos y, por tanto, pueden ostentar la naturaleza jurídica de prueba documental, o si por el contrario ello no alteraría su condición de prueba electrónica o digital consistente en la reproducción de palabras, imágenes o sonido.

El que las pruebas obtenidas de las redes sociales se consideren o no pruebas documentales no es una cuestión intrascendente, ya que afecta a la posibilidad de revisión de los hechos declarados probados en la sentencia a través de los recursos de suplicación o de casación ordinaria. Y es que según el artículo 193.b) de la LRJS, el recurso de suplicación tendrá por objeto *“revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas”*, sin hacer mención a la prueba electrónica. Y según el artículo 207.d) de la LRJS, el recurso de casación habrá de fundarse en un error en la apreciación de la prueba *“basado en documentos obrantes en autos que demuestren la equivocación del juzgador”*, sin hacer tampoco mención a la prueba electrónica.

De esta regulación se desprende que, si las pruebas obtenidas en las redes sociales son aportadas como medio de reproducción de la palabra, imagen o sonido, los hechos declarados probados en la sentencia no podrán ser revisados mediante el recurso de suplicación o de casación ordinaria, al no tener la naturaleza de prueba documental o pericial. Por el contrario, de entenderse que es una prueba documental, sí que tendrían eficacia revisoria.

³⁴ Cuando el medio de prueba consista en la reproducción de las palabras, imágenes o sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, las partes, al proponer la prueba, deberán acompañar, en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso (art. 382.1 de la LEC). Y si se trata de instrumentos de archivos o reproducción de palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas relevantes para el proceso llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, 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 (art. 384.1 de la LEC).

3.2. La información contenida en las redes sociales como prueba documental

Un sector de la doctrina científica³⁵ ha entendido que tanto las fotografías como los comentarios colgados en las redes sociales, debieran ser considerados como pruebas documentales, de modo que, por esta vía, cabría aceptar la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia, a través del recurso de suplicación o de casación ordinaria. También lo ha entendido así algunos pronunciamientos de la doctrina judicial³⁶.

Por lo que se refiere a las fotografías en base a dos argumentos: el primero de ellos por la noción amplia que de los documentos proporciona el artículo 324 de la LEC; y el segundo de ellos porque tanto el artículo 333 de la LEC (relativo a la extracción de copias de documentos que no sean escritos) como el artículo 334 de la LEC (relativo al valor probatorio de las copias reprográficas y al cotejo) consideran a las fotografías como documentos. Y el respecto a los comentarios, los mismos también podrían ser considerados documentos en base a esos mismos argumentos.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo³⁷ ha tenido ocasión de pronunciarse de manera expresa sobre la naturaleza jurídica de los correos electrónicos, calificándolos abiertamente como de prueba documental y permitiendo que los mismos puedan ser hábiles a los efectos de revisar los hechos declarados probados de una sentencia a través del recurso de casación, y por extensión, del recurso de suplicación.

Y de hacer extensible esta jurisprudencia a la información contenida en las redes sociales, la conclusión a alcanzar es que la misma sería una prueba documental hábil a los efectos revisorios antes descritos.

El Tribunal Supremo construye su argumentación del siguiente modo: con carácter previo distingue entre lo que son las fuentes de prueba y los medios de prueba. Las fuentes de prueba serían fuentes de información del mundo exterior susceptibles de ser ofrecidas a través de un medio de prueba, y los medios de prueba serían aquellos instrumentos de intermediación requeridos en el proceso para la constancia material de los datos existentes en esa realidad exterior. Las fuentes de prueba se incorporan al proceso a través de los medios de prueba, y mientras que las fuentes de prueba serían ilimitadas, los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la LEC.

Con este panorama, y según el Tribunal Supremo, la controversia radica en determinar si la concisa regulación de los medios de prueba electrónicos prevista en los artículos 299.2 y 382 a 384 de la LEC convierte a éstos en unos medios de prueba autónomos, o si, por el contrario, dichas normas

35 Nores Torres, L.E., "Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral", ob. cit. pág. 317 y ss.; Falguera Baró, M.A., "Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal", *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 22, 2016, pág. 10.

36 STSJ de Asturias de 14 de junio de 2013 (Rec. núm. 241/2013); STSJ de las Islas Canarias de 22 de enero de 2016 (Rec. núm. 1167/2015).

37 STS de 23 de julio de 2020 (Rec. núm. 239/2018).

no contemplan unos medios de prueba independientes, debiendo éstos ponerse en relación con la prueba documental. Y a juicio del Tribunal Supremo, los artículos 299.2 y 382.1 y 384.1 de la LEC tan solo establecen las peculiaridades de ciertos instrumentos en una regulación brevísima, señalando que, a diferencia de los documentos escritos, no basta con dar traslado de estas pruebas a la parte contraria, sino que normalmente es preciso proceder al visionado del vídeo, a la escucha del audio o al examen del instrumento de archivo.

Siendo ello así, afirma que los medios de prueba en sentido estricto serían los enumerados en el art. 299.1 de la LEC, los cuales constituyen un “númerus clausus”. Y, de hecho, la LEC contendría preceptos favorables a una interpretación amplia del concepto de prueba documental, como sucedería, por ejemplo, con los artículos 326.3, 333 y 812.1.1 de la LEC. Además, el concepto amplio de documento, comprensivo de los electrónicos, es el que impera en el resto del ordenamiento jurídico, con el que tiene que resultar coherente la interpretación de la LEC³⁸.

Concluye el Tribunal señalando que el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). Si no se postula un concepto amplio de prueba documental, llegaría un momento en que la revisión fáctica a través del recurso de casación quedaría vaciada de contenido si se limitase a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo.

3.3. La información contenida en las redes sociales como prueba electrónica o digital

Pese a lo expuesto anteriormente, entiendo, junto con la mayoría de la doctrina científica³⁹, que las publicaciones de una red social, o las fotografías obtenidas en las mismas, han de aportarse como medios de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido, y, en consecuencia, se trata de una prueba digital al contener toda una serie de información en un soporte electrónico que ha de ser transmitida por dicho medio. Es decir, estaríamos ante una prueba electrónica o digital y no ante una prueba documental de modo que carecería de la eficacia revisoria antes descrita.

38 En ese sentido el Tribunal Supremo cita el artículo 26 del Código Penal; el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; el artículo 24.2 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; el artículo 3 de la derogada Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; el artículo 17 bis de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862; el artículo 49.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; el artículo 76.3 “in fine” del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; el artículo 41.1 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre; y el artículo 3 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

39 Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pág. 241 y ss.; Fons Carbonell, M.R., “Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral”, ob. cit. pág. 287; Munín Sánchez, L.M., “Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba”, ob. cit. pág. 342 y ss.; Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales”, ob. cit. pág. 23 y ss.; Salas Velasco, A.C., “La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso”, ob. cit. pág. 235.

LAS REDES SOCIALES COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

Así lo habría entendido también la doctrina judicial⁴⁰ al señalar que la prueba obtenida de las redes sociales no tendría la naturaleza de prueba documental ni sería válida a efectos de articular la revisión de hechos declarados probados en una sentencia mediante un recurso de suplicación, al tener la naturaleza de prueba por reproducción de palabras e imágenes.

Con ello estos pronunciamientos hacen suya la jurisprudencia sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁴¹ según la cual, la prueba electrónica prevista en los artículos 382 a 384 de la LEC (y concretamente los medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido) no tiene la consideración de prueba documental y por tanto no sería hábil a los efectos revisorios antes indicados. La construcción del Tribunal Supremo, descansa sobre dos hilos argumentales⁴²:

En primer lugar, en la regulación y el tratamiento separado que la LEC dispensa a la prueba electrónica (arts. 382 a 384) respecto de la prueba documental (arts. 317 a 334), y es que limitándose la ley procesal laboral a establecer en el artículo 90 que se admiten como prueba los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, sin establecer cuál es su naturaleza y qué tratamiento ha de dárseles, habrá que acudir a lo dispuesto en la LEC, y en este sentido, el artículo 299.2 de la LEC ha dado un tratamiento autónomo a estos medios, diferenciándolos así de la prueba documental prevista en el apartado primero, por lo que la interpretación del concepto de prueba documental ha de efectuarse de forma restrictiva.

Además, la diferencia entre una y otra se aprecia no solo en la forma de aportación de la prueba documental frente a la prueba electrónica o digital (“ex” artículos 265, 267, 268, 270 y 273 de la LEC)⁴³, sino también en la práctica de dichas pruebas, ya que mientras que en la prueba documental ha de darse traslado a las partes en el acto del juicio, la práctica de la prueba electrónica se realiza en último lugar, una vez que se han practicado todas las pruebas (“ex” art. 300 de la LEC).

Y la diferencia no solo se aprecia en la forma de aportación y práctica de la misma sino también en la valoración por el juez ya que mientras la prueba documental está sometida a un sistema mixto de valoración probatoria (tasada en determinados documentos públicos y privados y libre en los res-

40 STSJ de Galicia de 12 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 3743/2012); STSJ del País Vasco de 12 de noviembre de 2013 (Rec. núm. 1883/2013); STSJ de Cantabria de 14 de diciembre de 2015 (Rec. núm. 810/2015).

41 STS de 16 de junio de 2011 (Rec. núm. 3983/2010) y STS de 26 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 786/2012).

42 Ceca Magán, E., “Proceso laboral. Ineficacia revisora de la prueba de grabación de imagen y sonido, por no tener naturaleza de prueba documental”, en AA.VV. *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*, ed. La Ley, Madrid, 2012, pág. 1 y ss.

43 El artículo 265 de la LEC, al disponer los documentos, escritos u objetos que han de acompañar a la demanda, distingue en el apartado 1º: “los documentos en que las partes funden su derecho” y en el apartado 2º: “los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, si en ellos se fundaran las pretensiones”. Los artículos 267 y 268 establecen la forma de presentación de documentos públicos y privados, no resultando estos preceptos de aplicación a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen. El artículo 270, que regula la presentación en momento no inicial del proceso, se refiere tanto a la presentación de documentos, como de medios e instrumentos, diferenciando, pues, unos de otros. Y el artículo 273 exige que todo documento que se aporte ha de acompañarse de tantas copias literales cuantas sean las otras partes del proceso, lo que no se exige respecto de la aportación de instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen.

tantes “ex” artículos 319 y 326 de la LEC), en cambio la prueba electrónica está sometida a un sistema de valoración libre ya que tanto en el supuesto del artículo 382.3 como en el del artículo 384.3 LEC se insiste en que el juez la valorará según las reglas de la sana crítica.

En segundo lugar, el alto Tribunal insiste en la no aplicación al proceso laboral de la jurisprudencia sentada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que viene a reconocer el carácter de prueba documental a ciertos medios de prueba electrónicos. Tal entendimiento del concepto de prueba documental no resultaría de aplicación al proceso laboral porque en el mismo opera como supletoria la LEC, en la que se establece la diferenciación entre prueba documental y prueba electrónica, y porque en el proceso penal se realiza dicha interpretación amplia del concepto de documento a la luz de lo establecido en el artículo 26 del Código Penal, donde expresamente se reconoce que se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, lo que no sucede en el proceso laboral.

Además, la idoneidad de esta prueba para revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, se enmarca legalmente dentro de un recurso de carácter extraordinario como es el recurso de suplicación, tal y como resulta de su configuración legal, y consecuencia de tal carácter es la limitada revisión de hechos legalmente permitida, que únicamente puede realizarse a la vista de la prueba documental o pericial practicada en la instancia.

En consecuencia, la prueba electrónica no sería hábil a los efectos de revisar los hechos declarados probados en una sentencia a través del recurso de suplicación. Y de interpretarse que las redes sociales un medio de prueba electrónico y no una prueba documental, por aplicación de esta segunda línea jurisprudencial, los mismos tampoco serían hábiles a estos efectos revisorios.

4. LA EFICACIA PROBATORIA DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS REDES SOCIALES

4.1. La autenticidad e integridad de la información contenida en las redes sociales y su acreditación mediante medios de prueba alternativos

Los perfiles que se crean en las redes sociales no ofrecen ninguna seguridad, ni sobre la verdadera titularidad del usuario (nombre, fotografía, etc.), ni sobre si lo que se ha publicado en la cuenta es cierto o no. De hecho, es fácil la manipulación suplantando la identidad de un usuario utilizando su cuenta que ha quedado abierta y publicando así un “post”, o incluso enviando un mensaje en su nombre mediante la utilización de un dispositivo ajeno. Y también es posible que el receptor o emisor del mensaje enviado instantáneamente elimine parte de la conversación en la que podría verse perjudicado⁴⁴.

44 Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pág. 247 y ss.

Pero hay otros factores que restan valor probatorio a este tipo de pruebas: pueden reflejar meras ficciones, incluir información falsa introducida por otra persona, información real pero no reciente con el ánimo de distorsionar negativamente la imagen del trabajador frente a la empresa generando confusión, etc. Por ello, los principales problemas que plantea la prueba obtenida en redes sociales están relacionados con la autoría del comentario y la integridad de su contenido, ya que este último puede manipularse.

Si la información contenida en las redes sociales es aportada al acto de juicio sin ninguna otra garantía más que un “pantallazo” de la misma, existe el riesgo de que los tribunales no consideren dicha prueba como fiable, de ahí la conveniencia de acreditar la autenticidad e integridad de dicha información mediante otros medios probatorios alternativos⁴⁵.

En este punto destacan las facultades del juez o tribunal a la hora de advertir o alertar a las partes de la conveniencia de aportar otras pruebas que sean coadyuvantes a la hora de acreditar la autenticidad e integridad de la información publicada, y todo ello a la luz de las previsiones del artículo 429.1 de la LEC, según el cual: *“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo podrán de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”*.

De este tenor se desprende que el juez queda facultado para introducir estas advertencias a las partes, lo cual es especialmente relevante en el proceso laboral, que dota al juez de importantes facultades en la intervención de la práctica de la prueba sin que ello ponga en cuestión la imparcialidad del mismo, habida cuenta las especialidades respecto de los valores y bienes jurídicos tutelados en el proceso social.

Además, al tratarse de una prueba electrónica, se admite que la parte que proponga este medio de prueba pueda aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. Y también las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido (art. 382.2 y 384.2 de la LEC).

Por ello, ante las dificultades que comporta garantizar tanto la autenticidad como la integridad de la prueba electrónica, resulta conveniente acudir a otros medios de prueba alternativos como son los previstos en el artículo 299.1 de la supletoria LEC, más allá de la simple aportación del “pantallazo” como documento privado, y en concreto: al interrogatorio de las partes, a los documentos públicos y privados, al dictamen de peritos, al reconocimiento judicial, y al interrogatorio de testigos.

45 Fuentes Soriano, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, *Práctica de los Tribunales*, núm. 135, 2018, pág. 11 y ss.; Salas Velasco, A.C., “La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso”, ob. cit. pág. 221.

4.2. El interrogatorio de las partes: la impugnación de la prueba por la parte a quien perjudica

En base al interrogatorio de parte (art. 91 de la LRJS y arts. 301 y ss. de la LEC), se podría interrogar a la parte contraria sobre si tiene conocimiento de la información publicada en la red social de manera que, si la parte interlocutora no la impugna y la reconoce expresamente, cabría entender como válida la prueba presentada. Estaríamos ante el reconocimiento de hechos no controvertidos que desplegarían plenos efectos en el seno del proceso y como una expresa admisión de la autenticidad e integridad de la comunicación electrónica. Naturalmente el problema se plantea cuando la parte contraria entiende que la información puede haber sido manipulada, cuestionando la autenticidad e integridad de dicha prueba e impugnándola.

Como ha evidenciado la doctrina científica⁴⁶, la impugnación de la prueba digital puede versar sobre los siguientes aspectos: tratándose de las redes sociales se puede impugnar la autenticidad del comentario, que consiste en poner en duda la concordancia del autor aparente con el real y el impugnante puede sostener la suplantación del titular de la red social desde la que el comentario u opinión ha sido enviado; se puede impugnar la exactitud del comentario cuando el impugnante alega que se ha procedido a una transcripción parcial, seleccionando las palabras o expresiones que interesan y evitando las que perjudican; se puede impugnar la integridad del comentario o de la conversación, cuando el impugnante alega que han sido manipulados mediante la sustitución o adición de palabras o expresiones; y se puede impugnar la certeza, esto es, la concordancia de las declaraciones contenidas con la realidad de lo sucedido.

El tema de la impugnación de la prueba electrónica tampoco está exento de polémica. Una cuestión relevante es la relativa a si el proponente tiene la carga de probar la autenticidad e integridad de esta prueba electrónica o si, por el contrario, ésta carga le corresponde al impugnante. Y al respecto ya puede afirmarse que la impugnación de la prueba electrónica va a suponer, automáticamente, un desplazamiento de la carga de probar su autenticidad e integridad hacia la parte que la presentó.

En este sentido se ha expresado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁴⁷ al indicar que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Además, por aplicación de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba (art. 217.2 y 3 de la LEC) es a la parte que aporte esta prueba al proceso a quien corresponde acreditar la autenticidad e integridad de la misma.

Se trata de consecuencias que se anudan de manera automática a la impugnación de la prueba electrónica y que favorecen que esta actitud procesal impugnatoria se acabe convirtiendo en una tónica general en el marco de una estrategia defensiva como reacción procesal. Si a ello se suma el

⁴⁶ Colás Neila, E., Yélamos Bayarri, E., "El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 2, 2020, pág. 57.

⁴⁷ STS de 19 de mayo de 2015 (Rec. núm. 2387/2014); STS de 27 de noviembre de 2015 (Rec. núm. 10333/2015); STS de 27 de junio de 2019 (Rec. núm. 10732/2018).

hecho de que la prueba pericial informática acabara siendo a la que se recurra para verificar el contenido de la comunicación, el resultado viene a ser que se deja la eficacia de dicha prueba en manos de la parte perjudicada por ella.

Por tal motivo, algún autor⁴⁸ ha apuntado la conveniencia de que, para paliar el desequilibrio que las consecuencias de la impugnación de este tipo de prueba provocan en las partes (básicamente económicas y dilatorias), los tribunales deberían comenzar a plantearse la necesidad de exigir una cierta justificación o fundamentación de dicha impugnación mediante argumentos razonados y serios y no meramente espurios. Es decir, debería exigirse una cierta justificación o fundamentación de dicha impugnación y, junto a ello, la proposición de algún mecanismo probatorio alternativo.

4.3. El interrogatorio de testigos

Al margen del interrogatorio de parte, de entre los otros medios probatorios alternativos a que se puede acudir para demostrar la autenticidad e integridad de la información contenida en las redes sociales destaca la prueba de interrogatorio de testigos (art. 92 de la LRJS y arts. 360 y ss. de la LEC).

A través de la misma, podrían intervenir como testigos aquellas personas conocedoras de los hechos controvertidos relativos al objeto del juicio (art. 360 de la LEC), sobre todo si el testigo forma parte del círculo de amigos del titular de la red social, y ha podido acceder directamente a los comentarios o al contenido de la información publicada.

Los testigos pueden haber estado presentes en el momento en que el comentario fue publicado, declarando en tales sobre la autoría y contenido del mismo. O pueden haber sido destinatarios de dicho comentario, en cuyo caso su declaración podrá ser determinante a efectos de la autenticidad e integridad del mismo.

Sin embargo, la doctrina científica⁴⁹ ha señalado que para que la prueba sea aceptada con mayores garantías, será necesario que la información contenida en las redes sociales, sea acreditada mediante otros medios de prueba alternativos y más garantistas, que exigen la intervención de sujetos profesionales especializados.

⁴⁸ Fuentes Soriano, O., "Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias", ob. cit. pág. 31 y ss.

⁴⁹ Lacalle Muls, A., "El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral", ob. cit. pág. 246 y ss.; Nores Torres, L.E., "Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales", ob. cit. pág. 18 y ss.; Fons Carbonell, M.R., "Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral", ob. cit. pág. 287; Falguera Baró, M.A., "Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal", ob. cit. pág. 10; Selma Penalva, A., "La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales", ob. cit. pág. 371 y ss.; Fuentes Soriano, O., "Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias", ob. cit. pág. 11 y ss.

4.4. El reconocimiento judicial y la intervención del letrado de la Administración de Justicia

Por lo que se refiere a la prueba del reconocimiento judicial (arts. 353 y ss. de la LEC), la misma también está prevista para el esclarecimiento o apreciación de los hechos debatidos mediante el examen directo por parte del juez o tribunal de algún objeto, lugar o persona.

El juez puede examinar por sí mismo el contenido de la información publicada en la red social a través de un medio técnico apropiado, lo cual puede acordarse de forma autónoma o conjuntamente con otro medio de prueba⁵⁰. Es decir, sería posible comprobar la realidad de la información mediante el reconocimiento judicial efectuado en el acto de juicio accediendo el juez al contenido de la red social.

Ahora bien, normalmente será improbable que pueda realizarse dicho reconocimiento judicial, pues la prueba electrónica o digital es volátil y fácilmente disponible por las partes, por lo que adquiere una especial relevancia la necesidad de pre constituir la prueba desde que se tenga conocimiento, o anticipar la prueba, conforme a lo previsto en la ley procesal. Además, el juez en ningún caso podrá verificar la autenticidad o integridad de dicha información para el caso de que la misma fuese impugnada.

Otra opción es solicitar al letrado de la Administración de Justicia que intervenga activamente levantando la oportuna acta a que se refiere el artículo 383 de la LEC. Dado que el letrado de la Administración de Justicia es el depositario de la fe pública judicial, éste puede levantar acta a petición de los interesados sobre el contenido de la información que consta en la red social, y precisamente por la condición de depositario de la fe pública judicial de este interviniente, debe darse el valor probatorio de documento público a estas diligencias de constancia.

Pero al respecto cabe recordar el escaso o nulo valor añadido de esta intervención, desde el mismo momento en que aquello de lo que el letrado de la Administración de Justicia da fe, es que el documento que se le presenta impreso coincide con el que se le muestra en la red social, pero nada puede decir sobre la autenticidad e integridad de la información allí reflejada, o sobre su posible manipulación⁵¹. Por tal motivo, otra opción es acudir al levantamiento de un acta notarial.

4.5. El levantamiento del acta notarial

Por lo que se refiere a la intervención notarial, la información publicada en la red social puede aportarse al proceso como documento público si el notario da fe pública de su contenido mediante la oportuna acta notarial.

50 Fons Carbonell, M.R., "Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral", ob. cit. pág. 289.

51 Fuentes Soriano, O., "Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias", ob. cit. pág. 11 y ss.

El notario, como fedatario público, hará constar mediante un acta de protocolización la existencia de los comentarios, opiniones o fotografías mediante el acceso a la red social, incorporándolos impresos al acta notarial e incluyendo la identificación de la cuenta desde la que han sido enviados o recibidos, las fechas, y las identidades de los intervinientes.

Respecto al contenido del acta notarial cabe decir lo siguiente⁵²: a) el requerimiento de la actuación notarial solamente podrá hacerlo quien tenga interés legítimo en ello, y así, el requirente deberá explicar la razón de por qué desea hacer constar ante notario la información publicada en una red social; b) el notario debe informar al requirente de que la existencia de una copia notarial no supone el permiso para una publicidad indiscriminada de su contenido, y por tanto al requirente le incumbe la responsabilidad de no divulgar indebidamente datos personales; c) el notario debe hacer una serie de comprobaciones técnicas, para verificar que la titularidad de la cuenta de la red social corresponde al requirente; d) será necesario incluir en el acta todo lo necesario para que se comprenda bien el sentido de la información; e) se pueden hacer constar en el acta textos, y también imágenes, vídeos, o audios, siempre que aparezcan en ellas los intervinientes; f) a la hora de transcribir una conversación, el notario solamente puede requerir a quien haya participado materialmente en ella.

Ahora bien, el acta notarial únicamente dará constancia de que en un determinado momento existía la publicación de un comentario, una fotografía, o un vídeo, pero no puede dar certeza sobre su autenticidad e integridad dado que la fe pública sólo se refiere a lo percibido por el fedatario, pero no a la veracidad de las declaraciones realizadas por las partes⁵³. Es decir, la actuación del notario no puede garantizar que la información haya sido manipulada, de ahí que sea conveniente que en el acta notarial el requirente declare expresamente que no se ha manipulado el contenido de la información, advirtiéndole el notario de las responsabilidades que asume en caso contrario.

4.6. La prueba pericial informática

Por todo lo expuesto, y ante las dificultades de detectar la manipulación, es recomendable acudir a una prueba pericial (art. 93 de la LRJS y arts. 335 y ss. de la LEC) que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido. La prueba pericial informática permite resolver las carencias del acta notarial, al dar certeza de la autenticidad e integridad de la información publicada, certificando la inexistencia de alteración de la misma, y garantizado así la ausencia de manipulación.

52 Colás Neila, E., Yélamos Bayarri, E., "El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?", ob. cit. pág. 53.

53 Lacalle Muls, A., "El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral", ob. cit. pág. 250 y ss.; Fons Carbonell, M.R., "Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral", ob. cit. pág. 288; Nores Torres, L.E., "Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral", ob. cit. pág. 4 y ss.

En este sentido, el artículo 335 de la LEC, respecto de la prueba documental, recuerda la utilidad de elaborar un dictamen pericial cuando sean necesarios conocimientos técnicos para valorar hechos o adquirir certeza sobre ellos. Y tanto el artículo 382.2 como el artículo 384.2 de la LEC, al regular la prueba electrónica, reconocen al proponente la posibilidad de aportar los “*dictámenes*” y “*medios de prueba instrumentales*” que considere convenientes, y en términos similares reconoce idéntica posibilidad a las otras partes cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

Los informes periciales informáticos pueden ser aportados por las propias partes, o pueden ser solicitados por el juzgador en caso de duda, como diligencia final. Y la labor del perito informático resulta indispensable para dar garantías a esta prueba, al disponer de los conocimientos especializados sobre la materia. Por lo que se refiere a la autoría, el experto informático puede acreditar la titularidad de la cuenta desde la que se publicó el comentario, fotografía o vídeo. Y por lo que se refiere al contenido, puede garantizar que éste no ha sido modificado o manipulado.

En la investigación pericial se distinguen tres fases: la primera es el análisis preliminar para la identificación de la prueba que se desea obtener; la segunda es la adquisición de los datos electrónicos, conservando las copias y la constatación de las técnicas empleadas para garantizar la integridad de la información; y la última fase es la del análisis forense de la información digital, a cuyo efecto es conveniente que el perito tenga un mínimo conocimiento de la normativa legal⁵⁴.

En cualquier caso, será necesario que el informe pericial sea ratificado en juicio por parte del perito informático que lo haya elaborado, al exigirlo así el artículo 93 de la LRJS, que dispone expresamente que la práctica de la prueba pericial se llevará a cabo en el acto de juicio presentando los peritos su informe y ratificándolo.

Además, la prueba pericial no solo resulta la más garantista y segura, sino que los hechos declarados probados en la sentencia de instancia a través de la misma, son revisables a través del recurso de duplicación según dispone el artículo 193.b) de la LRJS⁵⁵.

Ahora bien, como ha evidenciado la doctrina científica⁵⁶, aunque la prueba pericial sea la única vía posible para poder llegar a conocer la autenticidad e integridad de la comunicación presentada como prueba, también es cierto que es una prueba altamente compleja, que, para que esté realizada con todas las garantías, resultará lenta y costosa.

54 Colás Neila, E., Yélamos Bayarri, E., “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?”, ob. cit. pág. 55.

55 Lacalle Muls, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pág. 250 y ss.

56 Fuentes Soriano, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, ob. cit. pág. 11 y ss.

4.7. Eficacia probatoria y valoración judicial de la información contenida en las redes sociales

A la vista de la regulación legal, cabe concluir que, si la autenticidad e integridad de la información publicada a través de las redes sociales no resulta impugnada, estaríamos ante hechos no controvertidos, que desplegarían plena eficacia en el seno del proceso.

Es más, de considerarse a la información impresa como un documento privado, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 326.1 de la LEC estos documentos: *“harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen”*.

Y si fuera incorporada en un acta notarial o en una diligencia de constancia del letrado de la Administración de Justicia, tendrían la consideración de documento público, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 319 de la LEC: *“harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esta documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”*.

A idéntica conclusión cabría llegar si su eficacia resulta probada expresamente como resultado de las pruebas adicionales llevadas a cabo (como es la prueba testifical o la prueba pericial informática).

Pero para el supuesto de haber sido impugnada la prueba electrónica y no haberse podido determinar su autenticidad e integridad, el órgano jurisdiccional valorará la validez y eficacia probatoria de la misma de acuerdo con el conjunto de las restantes pruebas que hayan sido practicadas conforme a las reglas de la sana crítica “ex” artículos 97.2 de la LRJS, 326.2, 382.3 y 384.3 de la LEC.

5. CONCLUSIONES

- I. El uso de las redes sociales por parte del trabajador para publicar comentarios, fotografías, o vídeos, ha tenido una repercusión inmediata en el ámbito de las relaciones de trabajo. Con ello, las redes sociales se han convertido en un medio de prueba con el que el empresario ha pretendido justificar en el proceso laboral, la imposición de determinadas sanciones disciplinarias ante incumplimientos contractuales del trabajador.
- II. A la hora de acceder a la información contenida en las redes sociales, el empresario puede vulnerar ciertos derechos fundamentales del trabajador como son el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos de carácter personal, o el derecho al secreto de las comunicaciones. La vulneración del derecho a la intimidad o a la protección de datos de carácter personal del trabajador dependerá del carácter público o privado del perfil del usuario en la red social. Y la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones dependerá del modo en que el empresario ha accedido a la información, y si ha recibido la misma de un

legítimo destinatario o no. En caso de vulnerarse alguno de estos derechos fundamentales, la prueba sería ilícita, y no podrá ser admitida en el proceso.

III. Aunque la información contenida en las redes sociales suele aportarse al proceso en soporte papel mediante captura de la pantalla o transcripción de su contenido, en realidad estamos ante una prueba electrónica o digital y no ante una prueba documental. Al tratarse de una prueba electrónica o digital, la misma deberá ser aportada al acto de juicio por medio de soporte adecuado, poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos. Y a través de ella no será posible revisar los hechos declarados probados en una sentencia mediante los recursos de suplicación o de casación ordinaria.

IV. A la hora de abordar la eficacia probatoria de la información publicada en las redes sociales, los principales problemas que se plantean están relacionados con su autenticidad o integridad ya que puede ser manipulada. Por ello, en aquellos casos en que la parte perjudicada impugna la autenticidad e integridad de dicha información, será necesario acudir a otros medios de prueba alternativos, como son la prueba testifical, el reconocimiento judicial, el levantamiento de acta notarial, y especialmente la prueba pericial informática.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aramendi Sánchez, J.P., "Comentarios al artículo 90 de la LRJS", en AA.VV. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, ed. La Ley, Madrid, 2015.

Baylos Grau, A., "Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos", en AA.VV. *La prueba en el proceso laboral*, ed. CGPJ, Madrid, 1998.

Ceca Magán, E., "Proceso laboral. Ineficacia revisora de la prueba de grabación de imagen y sonido, por no tener naturaleza de prueba documental", en AA.VV. 2012, *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*, ed. La Ley, Madrid, 2012.

Colàs Neila, E., Yélamos Bayarri, E., "El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 2, 2020.

Del Rey Guanter, S., "Nuevas técnicas probatorias, obtención ilícita de la prueba y derechos fundamentales en el proceso laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 37, 1989.

Falguera Baró, M.A., "Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal", *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 22, 2016.

Fons Carbonell, M.R., "Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral", en AA.VV. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales. XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, ed. CEJFE, Barcelona, 2019.

LAS REDES SOCIALES COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

- Fuentes Soriano, O., "Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias", *Práctica de los Tribunales*, núm. 135, 2018.
- García-Perrote Escartín, I., *La prueba en el proceso laboral*, ed. Civitas, Madrid, 1994.
- Gil Plana, J., *La prueba en el proceso laboral*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- Lacalle Muls, A., "El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral", *Iuslabor*, núm. 1, 2018.
- López Balaguer, M., Ramos Moragues, F., "Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud de la prueba en el proceso laboral", en AA.VV. *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías, estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Lousada Arochena, J.F., "La prueba ilícita en el proceso laboral", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, 2006.
- Molina Navarrete, C., "Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: Efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales", *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar social*, núm. 150, 2019.
- Munín Sánchez, L.M., "Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba", en AA.VV. *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: Estudios desde el Derecho español y comparado*, ed. Dykinson, Madrid, 2017.
- Muñiz Ferrer, R., "Los nuevos medios de prueba en el procedimiento laboral: teléfonos móviles y Whatsapps", *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 30, 2017.
- Nores Torres, L.E., "Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2014.
- Salas Velasco, A.C., "La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso", en AA.VV. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales. XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, ed. CEJFE, Barcelona, 2019.
- Sanchís Crespo, C., "La prueba en soporte electrónico", en AA.VV. *Las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia: análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- Selma Penalva, A., "La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.
- Villalba Sánchez, A., "El despido del trabajador derivado del uso de las redes sociales", *Iuslabor*, núm. 3, 2022.