

## LAS APLICACIONES DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL<sup>1</sup>

### *THE INSTANT MESSAGING APPLICATIONS AS A MEAN OF EVIDENCE IN THE LABOUR PROCESS*

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Acreditado a Catedrático de Universidad. Universidad Pompeu Fabra.  
<https://orcid.org/0000-0002-7468-0796>*

**Cómo citar este trabajo:** Valle Muñoz, F. A. (2022). Las aplicaciones de mensajería instantánea como medio de prueba en el proceso laboral. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13 (1), 1–31. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7919>

#### RESUMEN

En el presente estudio se aborda el valor probatorio de las aplicaciones de mensajería instantánea en el proceso laboral sobre la base de analizar tres temas: el primero de ellos es la licitud de este medio de prueba, cuando el mensaje de la aplicación se obtiene por el empresario vulnerando derechos fundamentales del trabajador; el segundo tema es la naturaleza jurídica de este medio de prueba y su calificación como prueba documental o como prueba electrónica; y el tercero de ellos es su eficacia probatoria y la necesidad de acudir a otros medios de prueba alternativos para constatar la autenticidad e integridad del mensaje cuando el mismo ha sido impugnado en el acto de juicio por la parte a quien perjudica.

**PALABRAS CLAVE:** Mensajería instantánea, medio de prueba, proceso laboral, derechos fundamentales.

<sup>1</sup> 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: PID2020-115304GB-C21.

## **ABSTRACT:**

In this study, we analyse the value of instant messaging applications as a means of evidence 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. 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:** Instant messaging, mean of evidence, labour process, fundamental rights.

## *SUMARIO*

### *I. Introducción*

### *II. La obtención de la prueba: la licitud de la prueba de mensajería instantánea*

- 1. La licitud de la prueba y su tratamiento jurídico procesal*
- 2. Los derechos fundamentales afectados*
- 3. El tratamiento normativo y jurisprudencial*

### *III. La aportación de la prueba al proceso: la naturaleza jurídica de la prueba de mensajería instantánea*

- 1. La naturaleza jurídico probatoria de la mensajería instantánea*
- 2. La mensajería instantánea como prueba documental*
- 3. La mensajería instantánea como prueba electrónica o digital*

### *IV. La eficacia probatoria de la mensajería instantánea*

- 1. La autenticidad e integridad del mensaje y su acreditación mediante medios de prueba alternativos*
- 2. El interrogatorio de las partes: la impugnación del mensaje por la parte a quien perjudica*
- 3. El interrogatorio de testigos*
- 4. El reconocimiento judicial y la intervención del letrado de la Administración de Justicia*
- 5. El levantamiento de acta notarial*

6. *La prueba pericial informática*

7. *Eficacia probatoria y valoración judicial de la mensajería instantánea.*

## V. Conclusiones

### Bibliografía

## I. Introducción

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación se han convertido no solamente en una herramienta de control de la prestación de trabajo sino también en un medio de prueba utilizado por la empresa para demostrar judicialmente incumplimientos contractuales del trabajador a efectos de ejercer el poder disciplinario<sup>2</sup>.

Precisamente la evolución de Internet, ha propiciado la aparición de nuevos medios de comunicación a través de aplicaciones móviles o “apps”, algunas de ellas de mensajería instantánea como son: “WhatsApp”, “Telegram”, “Skype”, “Messenger”, “Viber”, “Snapchat”, “Hangouts”, “Line”, “Wire”, etc., que permiten el envío de imágenes, vídeos, audios, y mensajes escritos de forma instantánea con otro interlocutor.

Siendo ello así, alguna de las partes de la relación laboral puede estar interesada en aportar las imágenes, vídeos, audios o mensajes contenidos en dichas aplicaciones como medio de prueba para acreditar la existencia de una relación laboral<sup>3</sup>, el acoso sufrido por el trabajador en la empresa<sup>4</sup>, una dimisión<sup>5</sup> o un incumplimiento contractual justificativo de un despido disciplinario<sup>6</sup>. Aunque, sin lugar a dudas, el grueso de los litigios deriva del ejercicio del poder de control y de sanción empresarial como consecuencia del uso de aplicaciones de mensajería instantánea por parte del trabajador<sup>7</sup>.

Como puede observarse, los propios dispositivos electrónicos 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. Es lo que se conoce como

---

<sup>2</sup> 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*, nº 150, 2019, pp. 331 y ss.

<sup>3</sup> STSJ de Andalucía (Social) de 21 de mayo de 2014 (Rec. 716/2014).

<sup>4</sup> STSJ de Madrid (Social) de 28 de septiembre de 2018 (Rec. 599/ 2018).

<sup>5</sup> STSJ de Galicia (Social) de 7 de febrero de 2014 (Rec. 4074/2014); STSJ de Aragón (Social) de 23 de junio de 2014 (Rec. 345/2014).

<sup>6</sup> STSJ de Cantabria (Social) de 29 de abril de 2015 (Rec. 194/2015); STSJ de Madrid (Social) de 8 de junio de 2017 (Rec. 273/2017).

<sup>7</sup> GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de “WhatsApp” en el proceso laboral”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 233, 2020, pp. 43 y ss.; 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, nº 2, 2020, pp. 38 y ss.

prueba electrónica o digital, que sería aquella información contenida en un dispositivo electrónico por el que se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido mediante el convencimiento psicológico, o como consecuencia de fijar una norma legal este hecho como cierto<sup>8</sup>.

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 más concretamente a la licitud de la misma cuando la información contenida en las aplicaciones de mensajería instantánea 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 la mensajería instantánea al proceso, lo que nos lleva a abordar la naturaleza jurídica autónoma de este medio de prueba y concretamente su calificación como prueba documental o como prueba electrónica, cuestión trascendental pues según se califique como una u otra, cabrá amparar en la misma 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 mensajería instantánea y más específicamente con los medios alternativos de prueba sobre la autenticidad e integridad de la información contenida en ella cuando es impugnada en el seno del proceso laboral por la parte a quien perjudican. 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.

## **II. La obtención de la prueba: la licitud de la prueba de mensajería instantánea**

### **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.

---

<sup>8</sup> 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*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 713 y ss.

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 fundamentales<sup>9</sup>.

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 misma una vez admitida. A tal efecto, se oirá 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<sup>10</sup>.

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.

---

<sup>9</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11, 2006, pp. 1 y ss.; GIL PLANA, J., *La prueba en el proceso laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 202 y ss.

<sup>10</sup> 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*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 648 y ss.

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 dictada<sup>11</sup>.

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 probatorio<sup>12</sup>.

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. 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 trabajo<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., “La prueba ilícita en el proceso laboral”, ob. cit. pp. 5 y ss.

<sup>12</sup> 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*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 341 y ss.

<sup>13</sup> 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*, CGPJ, Madrid, 1998, p. 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*, nº 37, 1989, pp. 65 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *La prueba en el proceso laboral*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 139 y ss.

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. Los derechos fundamentales afectados**

Los principales derechos fundamentales del trabajador que pueden verse afectados por el uso de las aplicaciones de mensajería instantánea 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.

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 constitucional<sup>14</sup> 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 derecho 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 constitucional<sup>15</sup> 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.

---

<sup>14</sup> STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000.

<sup>15</sup> STC 29/2013 de 11 de febrero de 2013.



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 Constitucional<sup>16</sup>: “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 misma<sup>17</sup>.

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

### **3. El tratamiento normativo y jurisprudencial**

Actualmente, y desde un punto de vista estrictamente normativo, 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 de 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)<sup>18</sup>, norma ésta última, que ha establecido una regulación específica en su artículo 87.

---

<sup>16</sup> STC 123/2002 de 20 de mayo de 2002.

<sup>17</sup> STC 114/1984 de 29 de noviembre de 1984.

<sup>18</sup> 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*, CEJFE, Barcelona, 2019, pp. 223 y ss.; LÓPEZ BALAGUER, M., RAMOS MORAGUES, F., “Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud



El artículo 87 de la LOPD 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.

Respecto a la fiscalización empresarial del teléfono móvil, como dispositivo digital en el que habitualmente se contiene la aplicación de mensajería instantánea, habrá que diferenciar según si el mismo es propiedad del empresario o propiedad del trabajador, y en el primero de los casos, según el uso que se le haya dado al mismo<sup>19</sup>.

Si el teléfono móvil es propiedad del empresario y éste ha prohibido al trabajador su uso para fines privados, se considerará lícito el acceso al teléfono y no se vulneraría ningún derecho fundamental, al no existir ninguna expectativa de confidencialidad. Y si el empresario hubiese permitido el uso del teléfono móvil 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.

Por el contrario, si el teléfono móvil es propiedad del trabajador, su uso será estrictamente personal, y rigen plenamente los derechos fundamentales a los que

---

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*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 387 y ss.

<sup>19</sup> 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*, nº 30, 2017, pp. 7 y ss.; CERVILLA GARZÓN, M.J., “Efectos del uso de la aplicación “WhatsApp” en el marco de las relaciones laborales”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 136, 2017, pp. 89 y ss.; CUADROS GARRIDO, M.E., “El uso del WhatsApp en las relaciones laborales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 171, 2014, pp. 103 y ss.

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.

El control empresarial sobre el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores ha dado pie a una importante jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo<sup>20</sup>, del Tribunal Constitucional<sup>21</sup> y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>22</sup> los cuales han fijado las reglas y criterios interpretativos a tener en cuenta a la hora de valorar si existe un adecuado equilibrio entre el control de la actividad laboral y el respeto a los derechos fundamentales del trabajador. Sin embargo, se trata ésta de una jurisprudencia que se ha centrado básicamente en el uso indebido por el trabajador de la cuenta de correo electrónico, y no tanto en las aplicaciones de mensajería instantánea.

Tratándose de servicios de mensajería instantánea, se ha discutido especialmente si el derecho al secreto de las comunicaciones puede verse vulnerado cuando el destinatario de la comunicación 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 judicial<sup>23</sup> ha señalado, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, y tratándose de mensajería instantánea, que la revelación de una conversación privada por parte de uno de los interlocutores al empresario, no vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones, y, por tanto, resultaría una prueba válida, al no existir una intromisión ilegítima.

Según estos pronunciamientos, el derecho al secreto de las comunicaciones no impone un deber de secreto a los destinatarios de la comunicación. 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.

---

<sup>20</sup> Entre otras: STS (Social) de 26 de septiembre de 2007 (Rec. 966/2006); STS (Social) de 8 de marzo de 2011 (Rec. 1826/2010); STS (Social) de 6 de octubre de 2011 (Rec. 4053/2010); y STS (Social) de 8 de febrero de 2018 (Rec. 1121/2015).

<sup>21</sup> STC 241/2012 de 17 de diciembre de 2012 y STC 170/2013 de 7 de octubre de 2013.

<sup>22</sup> STEDH de 3 de abril de 2007, *Copland contra Reino Unido*; STEDH de 12 de enero de 2016, *Barbulescu contra Rumanía*; STEDH de 5 de septiembre de 2017, *Barbulescu II*; STEDH de 22 de febrero de 2018, *Libert contra Francia*.

<sup>23</sup> STSJ de Canarias (Social) de 30 de septiembre de 2013 (Rec. 620/2013); STSJ de Galicia (Social) de 25 de abril de 2014 (Rec. 4347/2013); STSJ de Cantabria (Social) de 18 de junio de 2014 (Rec. 280/2014); STSJ de Cataluña (Social) de 11 de julio de 2014 (Rec. 2817/2014); STSJ de la Comunidad Valenciana (Social) de 17 de febrero de 2015 (Rec. 3085/2014); STSJ de Aragón (Social) de 18 de mayo de 2016 (Rec. 300/2016); STSJ de Andalucía (Social) de 22 de noviembre de 2017 (Rec. 3626/2016), STSJ de la Comunidad Valenciana (Social) de 25 de enero de 2022 (Rec. 2649/2021), entre otras.

Al no imponerse un deber de secreto a los destinatarios de una conversación de mensajería instantánea no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones cuando el contenido es compartido o difundido por el receptor de dicho mensaje, que puede reenviar dicha comunicación al empresario para su uso en un juicio.

Por tanto, el derecho al secreto de las comunicaciones será vulnerado (y en consecuencia la prueba sería ilícita) en el momento que se intercepte la conversación por una persona ajena a la misma, pero dicho derecho no protege la situación en la que uno de los destinatarios de una conversación de mensajería instantánea comunica el contenido de la misma a un tercero (en este caso el empresario).

Ello supone que los mensajes enviados a través de aplicaciones de mensajería instantánea pueden ser utilizados en el proceso 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 quiere utilizar dicha información, o bien porque la persona que no es destinataria de la información recibe la información de interés por vía de un legítimo destinatario<sup>24</sup>.

### **III. La aportación de la prueba al proceso: la naturaleza jurídica de la prueba de mensajería instantánea**

#### **1. La naturaleza jurídico probatoria de la mensajería instantánea**

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.

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,

---

<sup>24</sup> LACALLE MULS, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, *Iuslabor*, nº 1, 2018, pp. 240 y ss.; MUÑIZ FERRER, R., “Los nuevos medios de prueba en el procedimiento laboral: teléfonos móviles y WhatsApps”, ob. cit. pp. 10 y ss.

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*”.

En el proceso laboral, y tratándose de la información contenida en aplicaciones de mensajería instantánea, es habitual que las partes aporten los mensajes que han recibido en su dispositivo electrónico, bien en soporte papel mediante captura de pantalla (lo que se conoce como “pantallazo”), o bien mediante transcripción en papel de dichos mensajes de texto o conversaciones de audio.

De modo que se ha discutido cuál sería el régimen jurídico aplicable a los llamados “pantallazos” que se aportan impresos al proceso y si los mismos han de ser considerados como una prueba documental o si por el contrario nos encontramos ante una prueba electrónica o digital, consistente en la reproducción de palabras, imágenes o sonido.

El que se consideren pruebas documentales o pruebas electrónicas no es una cuestión intrascendente, ya que afecta a la posibilidad de revisar de los hechos declarados probados en la sentencia a través de los recursos de suplicación o de casación ordinaria<sup>25</sup>. 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.

Si la mensajería instantánea se consideran una prueba electrónica o digital, la misma no sería hábil a los efectos de articular una revisión de los hechos declarados probados en la sentencia a través de los recursos de suplicación o de casación ordinaria. Por el contrario, de entenderse que es una prueba documental, sí que tendrían eficacia revisoria<sup>26</sup>. En este punto, ya puede adelantarse que los pronunciamientos judiciales han

---

<sup>25</sup> LACALLE MULS, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pp. 245 y ss.; FONS CARBONELL, M.R., “Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral”, ob. cit. p. 287; COLÀS NEILA, E., YÉLAMOS BAYARRI, E., “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?”, ob. cit. p. 41.

<sup>26</sup> TALENS VISCONTI, E., “La revisión de hechos probados en el recurso de suplicación: la naturaleza jurídica de la prueba basada en una conversación de WhatsApp”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 231, 2020, pp. 597 y ss.

sido contradictorios, y a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo<sup>27</sup>, desde la doctrina científica<sup>28</sup> se ha denunciado la necesidad de una reforma legislativa al respecto.

## 2. La mensajería instantánea como prueba documental

Algunos pronunciamientos judiciales<sup>29</sup> han otorgado valor probatorio a la transcripción en papel de los mensajes de aplicaciones de mensajería instantánea sin exigir ninguna prueba adicional. Afirman estos pronunciamientos que la transcripción de las conversaciones mantenidas a través de aplicaciones de mensajería instantánea se viene admitiendo como medio de prueba válido en la jurisdicción social, y, de hecho, el llamado “pantallazo”, por el cual se recoge la conversación mantenida a través de estas aplicaciones tendría la consideración de documento privado que permitiría revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia mediante el recurso de suplicación.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>30</sup> 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 mensajería instantánea, la conclusión a alcanzar es que la misma serían también 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.

---

<sup>27</sup> El ATS (Social) de 28 de septiembre de 2022 (Rec. 3625/2021) no pudo pronunciarse sobre el valor probatorio de los WhatsApp por un defecto en la formulación del recurso de casación para la unificación de doctrina. Y el ATS (Social) de 20 de octubre de 2016 (Rec. 674/2016), tampoco pudo pronunciarse sobre si el WhatsApp servía para revisar los hechos declarados probados en una sentencia, al faltar la contradicción necesaria entre la sentencia recurrida y la de contraste.

<sup>28</sup> FALGUERA BARÓ, M.A., “Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal” *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, nº 22, 2016, p. 10.

<sup>29</sup> STSJ de Cantabria (Social) de 4 de septiembre de 2015 (Rec. 519/2015); STSJ de Cataluña (Social) de 16 de octubre de 2015 (Rec. 4071/2015).

<sup>30</sup> STS (Social) de 23 de julio de 2020 (Rec. 239/2018).

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 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.

El Tribunal afirma que los medios de prueba en sentido estricto serían los enumerados en el artículo 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 LEC<sup>31</sup>.

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.

Llegados a este punto, se ha discutido si el mensaje de cualquier aplicación de mensajería instantánea podría ser calificado de documento electrónico, y si como tal, el mismo admitiría la revisión de los hechos declarados probados en una sentencia a través de los recursos de suplicación o de casación ordinaria.

---

<sup>31</sup> 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.



Un sector de la doctrina científica<sup>32</sup> pero también de la doctrina judicial<sup>33</sup>, ha sostenido que el mensaje enviado a través de estas aplicaciones de mensajería instantánea sería un “documento electrónico”, cuyo régimen jurídico habría que ubicarlo en la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, y en el Reglamento nº 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior. Y ello sería así porque el mensaje de una aplicación de mensajería instantánea no deja de ser un contenido almacenado en formato electrónico, y en particular, un texto o registro sonoro, visual o audiovisual, que es el concepto de “documento electrónico” que ofrece el artículo 3. 35) del Reglamento antes citado.

Sin embargo, considero más acertada la posición de otro sector de la doctrina científica<sup>34</sup> y de la doctrina judicial<sup>35</sup>, que ha entendido que los mensajes enviados a través de aplicaciones de mensajería instantánea no debieran de ser considerados, en sentido estricto, como documentos electrónicos porque la normativa a la que hemos hecho referencia anteriormente está pensando en comunicaciones enviadas utilizando algún servicio de confianza cualificado para las transacciones electrónicas de los previstos en el Reglamento 910/2014 como es la firma electrónica, circunstancia que no ocurre en el caso de los mensajes generados mediante estas aplicaciones de mensajería instantánea.

### **3. La mensajería instantánea como prueba electrónica o digital**

La mayor parte de la doctrina científica<sup>36</sup> ha entendido que los mensajes enviados y recibidos mediante aplicaciones de mensajería instantánea no pueden considerarse como una prueba documental sino como una prueba electrónica o digital, y que, en consecuencia, no sería posible sustentar la revisión de los hechos declarados probados

---

<sup>32</sup> MUNÍN SÁNCHEZ, L.M., “El WhatsApp como medio de prueba en el proceso laboral. A propósito de una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero de 2016”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 20, 2016, p. 483; GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de “WhatsApp” en el proceso laboral”, ob. cit. pp. 46 y ss.

<sup>33</sup> STSJ de Galicia, de 8 de abril de 2019 (Rec. 273/2019).

<sup>34</sup> COLÀS NEILA, E., YÉLAMOS BAYARRI, E., “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?”, ob. cit. p. 41; 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. p. 223.

<sup>35</sup> STSJ de Galicia (Social) de 7 de septiembre de 2020 (Rec. 1732/2020).

<sup>36</sup> LACALLE MULS, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pp. 243 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. p. 235; FONS CARBONELL, M.R., “Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral”, ob. cit. p. 287; GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de “WhatsApp” en el proceso laboral”, ob. cit. pp. 74 y ss.; COLÀS NEILA, E., YÉLAMOS BAYARRI, E., “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?”, ob. cit. p. 47.



en una sentencia a través de dichos medios mediante los recursos de suplicación o de casación ordinaria.

Así lo ha entendido también la doctrina judicial mayoritaria<sup>37</sup> al señalar que las comunicaciones entre las partes remitidas por vía telemática, como son los servicios de comunicación instantánea, no constituyen una prueba documental que permita concluir de manera clara y absolutamente incontrovertida los asertos que contienen. Estos medios de comunicación no hacen otra cosa que reflejar las comunicaciones que las partes intercambian entre sí, y como tales, pueden ser objeto de valoración en la fase de instancia, en donde el juzgador puede contrastar su contenido y considerarlo acreditado mediante la valoración de otras pruebas, especialmente la testifical o los interrogatorios, pero no pueden considerarse una prueba documental fehaciente a los efectos del artículo 193.b) de la LRJS.

Entienden estos pronunciamientos que estos mensajes no constituyen un documento fehaciente dotado de la eficacia y valor probatorio que impone el artículo 326 de la LEC ni por lo tanto constituye un instrumento hábil a los efectos de fundamentar la alteración de los hechos probados de la sentencia de instancia. Se trata de la expresión escrita de las declaraciones de un tercero, que no pierden este carácter de manifestación personal por el hecho de haberse plasmado por escrito. En definitiva, constituyen un testimonio documentado y por lo tanto sujeto a la libre apreciación y exclusiva valoración del órgano jurisdiccional de instancia, pudiendo ser valorado con el resto y en conjunto con los demás elementos probatorios aportados al acto del juicio oral dentro de los parámetros y facultades que otorga el artículo 97.2 de la LRJS, pero en cuyo ámbito el recurso de suplicación no podría entrar.

Según estos pronunciamientos un mensaje de una aplicación de mensajería instantánea no es un documento, sino que es un medio de reproducción de la palabra o el sonido y la imagen de los previstos en los artículos 382 a 384 de la LEC. Y ello es así no solamente porque su regulación está contemplada en estos preceptos de la LEC de forma separada a la prueba documental, sino porque su aportación al proceso es diferente, y la valoración que ha de dársele a dicha prueba también es diferente. Por ello no se tratan de medios de prueba equiparables ni puede admitirse la revisión fáctica con base a estos medios de prueba dado que no son una prueba documental o pericial.

La mensajería instantánea sería uno de los nuevos medios de prueba a los que se refiere el artículo 299.2 de la LEC, frente a los medios de prueba tradicionales a los que se

---

<sup>37</sup> STSJ de Galicia (Social) de 27 de enero de 2017 (Rec. 4156/2016); STSJ de Cataluña (Social) de 28 de enero de 2019 (Rec. 5898/2018); STSJ de Galicia (Social) de 26 de marzo de 2019 (Rec. 440/219); STSJ de Andalucía (Social) de 13 de junio de 2019 (Rec. 2738/2018); STSJ de Galicia (Social) de 6 de septiembre de 2019 (Rec. 1059/2019); STSJ de Baleares (Social) de 30 de septiembre de 2019 (Rec. 262/2019); STSJ de Galicia (Social) de 14 de mayo de 2021 (Rec. 1075/2021); STSJ de Castilla y León (Social) de 28 de octubre de 2021 (Rec. 608/2021), entre otras.

refiere el artículo 299.1 de la LEC, y la diferencia entre unos y otros se aprecia también en su valoración ya que mientras la prueba documental está sometida a un sistema mixto de valoración, los medios nuevos de prueba están sometidos al sistema de valoración libre (artículos 382 y 384 de la LEC).

Con ello estos pronunciamientos hacen suya la jurisprudencia sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>38</sup> 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 argumentales<sup>39</sup>:

En primer lugar, en la regulación y el tratamiento separado que la LEC dispensa a la prueba electrónica (artículos 382 a 384) respecto de la prueba documental (artículos 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)<sup>40</sup>, 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” artículo 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

---

<sup>38</sup> STS (Social) de 16 de junio de 2011 (Rec. 3983/2010) y STS (Social) de 26 de noviembre de 2012 (Rec. 786/2012).

<sup>39</sup> 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*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 1 y ss.

<sup>40</sup> 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.

a un sistema mixto de valoración probatoria (tasada en determinados documentos públicos y privados y libre en los restantes “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 los mensajes contenidos en las aplicaciones de mensajería instantánea son también una prueba electrónica y no una prueba documental, por aplicación de esta segunda línea jurisprudencial, los mismos tampoco serían hábiles a estos efectos revisorios.

Así parece haberlo entendido también el Tribunal Supremo<sup>41</sup>, al reconocer que los mensajes de la aplicación “WhatsApp”, mismos no son una prueba apta para la modificación de los hechos declarados probados en una sentencia, y aceptando con ello implícitamente su configuración como prueba electrónica o digital y no como una prueba documental.

---

<sup>41</sup> ATS (Social) de 21 de febrero de 2017 (Rec. 1923/2016).

## IV. La eficacia probatoria de la mensajería instantánea

### 1. La autenticidad e integridad del mensaje y su acreditación mediante medios de prueba alternativos

Los principales problemas que plantean los mensajes enviados o recibidos mediante aplicaciones de mensajería instantánea están relacionados con su autoría y con la integridad de su contenido, es decir, con su autenticidad e integridad, ya que el mensaje puede haber sido enviado por una persona distinta de a quien se imputa su autoría, o puede haber sido manipulado<sup>42</sup>.

Si la información contenida en una conversación de mensajería instantánea 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 dichos mensajes mediante otros medios probatorios alternativos<sup>43</sup>.

De hecho, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo<sup>44</sup> ha insistido en que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas, y el anonimato que autorizan tales sistemas, así como la libre creación de cuentas con identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que el único usuario se relaciona consigo mismo.

La doctrina judicial del orden social<sup>45</sup> también ha entendido que, en atención a su manipulación no cabe conceder sin más validez probatoria al contenido de los mensajes de aplicaciones de mensajería instantánea aportados al proceso si aquello que se pretende dar por probado descansa únicamente en dicho medio y no hay otros indicios que lo corroboren. Se trata de sentencias que entienden que los hechos contenidos en estas aplicaciones tan solo serían objeto de valoración si se cumplen ciertas garantías

---

<sup>42</sup> LACALLE MULS, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pp. 247 y ss.; GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de “WhatsApp” en el proceso laboral”, ob. cit. p. 57 y ss.; DELGADO MARTÍN, J., “La prueba del WhatsApp”, *Diario La Ley*, nº 8605, 2015, p. 8.

<sup>43</sup> FUENTES SORIANO, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, *Práctica de los Tribunales*, nº 135, 2018, pp. 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. p. 221; GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de “WhatsApp” en el proceso laboral”, ob. cit. pp. 70 y ss.; MORALES VÁLLEZ, C., “La validez probatoria del WhatsApp y su incorporación al procedimiento”, SP/DOCT/20333, Sepín, 2016, p. 8. CERVILLA GARZÓN, M.J., “Efectos del uso de la aplicación “WhatsApp” en el marco de las relaciones laborales”, ob. cit. pp. 94 y ss.

<sup>44</sup> STS (Penal) de 19 de mayo de 2015 (Rec. 2387/2014); STS (Penal) de 27 de noviembre de 2015 (Rec. 10333/2015); STS (Penal) de 27 de junio de 2019 (Rec. 10732/2018).

<sup>45</sup> STSJ de Galicia (Social) de 28 de enero de 2016 (Rec. 4577/2015); STSJ de Madrid (Social) de 29 de septiembre de 2017 (Rec. 587/2017); STSJ de Madrid (Social) de 15 de noviembre de 2018 (Rec. 486/2018); STSJ de Galicia (Social) de 6 de septiembre de 2019 (Rec. 1059/2019).

adicionales más allá de la mera aportación impresa al acto de juicio del “pantallazo”, de la fotografía, o de la transcripción de la conversación<sup>46</sup>.

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 los mensajes, y todo ello a la luz de las previsiones del artículo 429.1 de la LEC, según el cual, si el tribunal considera que las pruebas propuestas pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo podrá 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 (artículos 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.

## **2. El interrogatorio de las partes: la impugnación del mensaje por la parte a quien perjudica**

En base al interrogatorio de parte (artículo 91 de la LRJS y artículos 301 y ss. de la LEC), se podría interrogar a la parte contraria sobre si tiene conocimiento de los mensajes enviados o recibidos mediante la aplicación de mensajería instantánea de

---

<sup>46</sup> Entre esas garantías adicionales se encontrarían: el reconocimiento judicial; la aportación del propio dispositivo solicitando que el letrado de la Administración de Justicia dé fe pública levantado acta de su contenido; el levantamiento de acta notarial; o la prueba pericial que verifique su autenticidad.

manera que, si la parte interlocutora no los impugna y los reconoce expresamente, cabría entender como válida la prueba presentada<sup>47</sup>. Es decir, si se reconoce la autenticidad e integridad del mensaje enviado a través de las aplicaciones de mensajería instantánea y la parte a la que pueda perjudicar no lo impugna, estaríamos ante el reconocimiento de hechos no controvertidos que desplegarían plenos efectos en el seno del proceso. El problema se plantea cuando los mensajes no son reconocidos y se impugna su autenticidad o integridad.

La impugnación puede versar sobre los siguientes aspectos<sup>48</sup>: se puede impugnar la autoría del mensaje, sosteniéndose la suplantación del titular del dispositivo desde el que el mensaje ha sido enviado. Se puede impugnar la exactitud del mensaje 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 mensaje o conversación, cuando el impugnante alega que éste ha sido manipulado mediante la sustitución o adición de palabras o expresiones. Y se puede impugnar la certeza, esto es, la concordancia de las declaraciones contenidas en el mensaje, con la realidad de lo sucedido.

Pero el tema de la impugnación de la prueba electrónica tampoco está exento de polémica. Una cuestión relevante es si quien propone y aporta el mensaje al acto de juicio tiene la carga de probar la autenticidad e integridad del mismo o si por el contrario ésta carga le corresponde al impugnante. Y al respecto ya puede afirmarse que la impugnación de esta prueba electrónica va a suponer, automáticamente, un desplazamiento de la carga de probar su autenticidad e integridad hacia la parte que lo presentó<sup>49</sup>.

En este sentido se ha expresado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo<sup>50</sup> 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 (artículo 217.2 y 3 de la LEC) es a la parte que aporte los mensajes electrónicos al proceso a quien corresponde acreditar la

---

<sup>47</sup> COLÀS NEILA, E., YÉLAMOS BAYARRI, E., “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?”, ob. cit. p. 48.

<sup>48</sup> COLÀS NEILA, E., YÉLAMOS BAYARRI, E., “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?”, ob. cit. p. 57.

<sup>49</sup> FUENTES SORIANO, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, ob. cit. pp. 31 y ss.; GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de “WhatsApp” en el proceso laboral”, ob. cit. pp. 70 y ss.; CERVILLA GARZÓN, M.J., “Efectos del uso de la aplicación “WhatsApp” en el marco de las relaciones laborales”, ob. cit. pp. 95 y ss.; COLÀS NEILA, E., YÉLAMOS BAYARRI, E., “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?”, ob. cit. p. 58.

<sup>50</sup> STS (Penal) de 19 de mayo de 2015 (Rec. 2387/2014); STS (Penal) de 27 de noviembre de 2015 (Rec. 10333/2015); STS (Penal) de 27 de junio de 2019 (Rec. 10732/2018).



autenticidad e integridad de los mismos, debiendo por ello utilizar otro tipo de pruebas alternativas.

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 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 autor<sup>51</sup> 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.

### **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 del mensaje enviado mediante aplicaciones de mensajería instantánea destaca la prueba de interrogatorio de testigos (artículo 92 de la LRJS y artículos 360 y ss. de la LEC) ya que los testigos pueden en este punto dotar de credibilidad a la información incorporada al proceso.

A través de la misma, podrían intervenir como testigos aquellas personas conocedoras de los hechos controvertidos relativos al objeto del juicio (artículo 360 de la LEC) y más específicamente sobre el contenido de los mensajes<sup>52</sup>.

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

Sin embargo, la doctrina científica<sup>53</sup> ha señalado que para que la prueba sea aceptada con mayores garantías, será necesario que el mensaje contenido en las aplicaciones de

---

<sup>51</sup> FUENTES SORIANO, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias, ob. cit. pp. 31 y ss.

<sup>52</sup> STSJ de Canarias (Social) de 27 de julio de 2016 (Rec. 385/2016).

<sup>53</sup> LACALLE MULS, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pp. 246 y ss.; FONS CARBONELL, M.R., “Mensajería instantánea y redes



mensajería instantánea, sea acreditado mediante otros medios de prueba alternativos y más garantistas, que exigen la intervención de sujetos profesionales especializados.

#### **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 (artículos 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 del propio dispositivo electrónico aportado accediendo a éste a través de un medio técnico apropiado, lo cual puede acordarse de forma autónoma o conjuntamente con otro medio de prueba<sup>54</sup>. También es posible que se compruebe la realidad del mensaje mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición) y, por tanto, mediante el reconocimiento judicial efectuado en el acto de juicio.

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 laboral. Además, el juez en ningún caso podrá verificar la autenticidad o integridad del mensaje para el caso de que fuese impugnado.

Otra opción es solicitar al letrado de la Administración de Justicia que realice un cotejo o comprobación a presencia de las partes y de sus defensores, que serán citados al efecto. De hecho, se ha convertido en práctica jurídica habitual la exigencia de que el pantallazo se presente cotejado por fedatario, y especialmente por el letrado de la Administración de Justicia.

---

sociales, la prueba en el proceso laboral”, ob. cit. p. 287; FALGUERA BARÓ, M.A., “Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal”, ob. cit. p. 10; MUNÍN SÁNCHEZ, L.M., “El WhatsApp como medio de prueba en el proceso laboral. A propósito de una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero de 2016”, ob. cit. p. 483; CERVILLA GARZÓN, M.J., “Los “pantallazos” de los mensajes de “WhatsApp” como medio de prueba en el proceso laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, 2016, p. 3; 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*, nº 39, 2014, pp. 371 y ss.; FUENTES SORIANO, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, ob. cit. p. 11 y ss.; COLÀS NEILA, E., YÉLAMOS BAYARRI, E., “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?”, ob. cit. p. 48.

<sup>54</sup> FONS CARBONELL, M.R., “Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral”, ob. cit. p. 289.

En este punto, adquiere especial importancia la diligencia de constancia del letrado de la Administración de Justicia a que alude 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 del mensaje o sobre las identidades que figuren en dichos mensajes, 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<sup>55</sup>.

Pero al respecto cabe recordar el escaso o nulo valor añadido de este cotejo, 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 el dispositivo, pero nada puede decir sobre la autenticidad e integridad del mensaje, o sobre su posible manipulación<sup>56</sup>. Por tal motivo, otra opción es acudir al levantamiento de un acta notarial.

## **5. El levantamiento de acta notarial**

Por lo que se refiere a la intervención notarial, el mensaje enviado o recibido mediante estas aplicaciones puede aportarse al proceso como documento público si el Notario da fe pública de su contenido mediante la oportuna acta notarial. Y la utilidad de esta forma de aportación es especialmente importante cuando la conversación mantenida mediante mensajería instantánea es suprimida por el autor.

El Notario, como fedatario público, hará constar mediante un acta de protocolización la existencia de dichos mensajes, mediante el acceso al dispositivo móvil y tras la impresión de los mismos, incorporándolos al acta notarial e incluyendo los números de teléfono desde los que se han enviado o recibido, las fechas de los referidos mensajes, así como las identidades de los intervinientes.

Respecto al contenido del acta notarial cabe decir lo siguiente<sup>57</sup>: 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 conversaciones con otras personas; 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 línea de teléfono pertenece al requirente

---

<sup>55</sup> COLÀS NEILA, E., YÉLAMOS BAYARRI, E., “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?”, ob. cit. p. 52.

<sup>56</sup> FUENTES SORIANO, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, ob. cit. pp. 11 y ss.

<sup>57</sup> COLÀS NEILA, E., YÉLAMOS BAYARRI, E., “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?”, ob. cit. p. 53.

(exigiendo la exhibición de la factura telefónica, llamando a ese número para verificar la línea, identificando el número de la tarjeta SIM, etc.); d) será necesario incluir en el acta todo lo necesario para que se comprenda bien el sentido de la conversación; e) se pueden hacer constar en el acta textos, y también imágenes, vídeos, o audios, siempre que aparezcan en ellas los que están en la conversación; f) a la hora de transcribir una conversación mantenida a través de una aplicación de mensajería instantánea, el Notario solamente puede requerir a quien haya participado materialmente en ella, de modo que no basta con ser propietario del terminal o titular de la línea telefónica.

Ahora bien, el acta notarial únicamente dará constancia de que en un determinado momento existía un mensaje, una fotografía, o un vídeo enviado, 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 partes<sup>58</sup>. Es decir, la actuación del Notario no puede garantizar que los mensajes hayan sido manipulados o que su contenido no sea cierto, de ahí que sea conveniente que en el acta notarial el requirente declare expresamente que no se ha manipulado el contenido de la conversación, advirtiéndole el Notario de las responsabilidades que asume en caso contrario.

## **6. La prueba pericial informática**

Por todo lo expuesto, y ante las dificultades de detectar la manipulación de los mensajes, es recomendable acudir a una prueba pericial (artículo 93 de la LRJS y artículos 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 del mensaje, certificando la inexistencia de alteración del mismo, y garantizado así la ausencia de manipulación.

En este sentido, el artículo 335.1 de la LEC recuerda la utilidad de elaborar un dictamen pericial cuando sean necesarios conocimientos técnicos para valorar hechos o adquirir certeza sobre ellos, pudiendo este ser un medio útil para verificar la fecha, los intervinientes, y el teléfono desde el cual se remite el mensaje. 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.

---

<sup>58</sup> LACALLE MULS, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pp. 250 y ss.; FONS CARBONELL, M.R., “Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral”, ob. cit. p. 288; GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de “WhatsApp” en el proceso laboral”, ob. cit. pp. 60 y ss.; 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. p. 52.

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 envió el mensaje. Y por lo que se refiere al contenido, puede garantizar que el mensaje no ha sido alterado, 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 legal<sup>59</sup>.

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, por lo que será insuficiente la mera presentación del informe pericial que concluya que las conversaciones son veraces, quedando en tal caso a expensas de lo que decida el juez<sup>60</sup>.

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 suplicación según dispone el artículo 193.b) de la LRJS<sup>61</sup>.

Ahora bien, como ha evidenciado la doctrina científica<sup>62</sup>, 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. La dificultad de su práctica vendrá dada no solo por la necesidad de contar con ambos dispositivos, sino porque para que el informe sea concluyente, habría que contar con

---

<sup>59</sup> COLÀS NEILA, E., YÉLAMOS BAYARRI, E., “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?”, ob. cit. p. 55.

<sup>60</sup> GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de “WhatsApp” en el proceso laboral”, ob. cit. pp. 70 y ss.

<sup>61</sup> LACALLE MULS, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, ob. cit. pp. 250 y ss.; COLÀS NEILA, E., YÉLAMOS BAYARRI, E., “El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?”, ob. cit. p. 55.

<sup>62</sup> FUENTES SORIANO, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, ob. cit. pp. 11 y ss.

ellos desde el mismo momento de emisión y recepción del mensaje y con plena garantía del respeto de la cadena de custodia.

## **7. Eficacia probatoria y valoración judicial de la mensajería instantánea**

A la vista de la regulación legal, cabe concluir que, si la autenticidad e integridad del mensaje enviado a través de aplicaciones de mensajería instantánea no resulta impugnada, estaríamos ante hechos no controvertidos, que desplegarían plena eficacia en el seno del proceso.

Es más, de considerarse al mensaje impreso como un documento privado, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 326.1 de la LEC: *“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 fueran incorporados 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 impugnados los mensajes y no haberse podido determinar su autenticidad e integridad, el órgano jurisdiccional valorará la validez y eficacia probatoria de los mismos de acuerdo con el conjunto de las restantes pruebas que hayan sido practicadas según las reglas de la sana crítica “ex” artículos 97.2 de la LRJS, 326.2, 382.3 y 384.3 de la LEC.

## **V. Conclusiones**

I. La evolución de Internet ha propiciado la aparición de nuevos medios de comunicación electrónica o digital a través de aplicaciones móviles o “apps”, algunas de ellas de mensajería instantánea, las cuales 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 derivados del uso de dichas aplicaciones.

II. A la hora de acceder a los mensajes enviados a través de aplicaciones de mensajería instantánea, 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 y especialmente el derecho al secreto de las comunicaciones. En caso de vulnerarse alguno de estos derechos fundamentales, la prueba sería ilícita, y no podrá ser admitida en el proceso. Sin embargo, al no imponerse un deber de secreto a los destinatarios de una conversación de mensajería instantánea, no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones cuando el contenido es compartido o difundido por el receptor de dicho mensaje, que puede reenviar dicha comunicación al empresario para su uso en un juicio.

III. Aunque los mensajes de una aplicación de mensajería instantánea suelen aportarse al proceso en soporte papel mediante captura de la pantalla o transcripción de los mismos, en realidad estamos ante una prueba electrónica o digital y no ante una prueba documental. Al no ser una prueba documental, no es posible ampararse en ella para revisar los hechos declarados probados en una sentencia a través del recurso de suplicación o de casación ordinaria. Siendo una prueba electrónica, la mensajería instantánea ha de 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.

IV. A la hora de abordar la eficacia probatoria de los mensajes enviados o recibidos mediante aplicaciones de mensajería instantánea, los principales problemas que se plantean están relacionados con la autenticidad e integridad de los mismos, ya que pueden ser manipulados. Por ello, en aquellos casos en que la parte a quien pueda perjudicar el mensaje impugne su autenticidad e integridad, resultará 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.

## **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*, 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*, 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. *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2012.

CERVILLA GARZÓN, M.J., “Los “pantallazos” de los mensajes de “WhatsApp” como medio de prueba en el proceso laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, 2016.

CERVILLA GARZÓN, M.J., “Efectos del uso de la aplicación “WhatsApp” en el marco de las relaciones laborales”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 136, 2017.

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, nº 2, 2020.

CUADROS GARRIDO, M.E., “El uso del WhatsApp en las relaciones laborales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 171, 2014.

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*, nº 37, 1989.

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

FALGUERA BARÓ, M.A., “Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal” *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, nº 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*, CEJFE, Barcelona, 2019.

FUENTES SORIANO, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, *Práctica de los Tribunales*, nº 135, 2018.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *La prueba en el proceso laboral*, Civitas, Madrid, 1994.

GIL PLANA, J., *La prueba en el proceso laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005.



GOÑI IRULEGUI, A.M., “El valor probatorio de los mensajes de “WhatsApp” en el proceso laboral”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 233, 2020.

LACALLE MULS, A., “El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral”, *Iuslabor*, nº 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*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

LOUSADA AROCHENA, J.F., “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 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*, nº 150, 2019.

MORALES VÁLLEZ, C., “La validez probatoria del WhatsApp y su incorporación al procedimiento”, SP/DOCT/20333, Sepín, 2016.

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*, nº 30, 2017.

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*, Dykinson, Madrid, 2017.

MUNÍN SÁNCHEZ, L.M., “El WhatsApp como medio de prueba en el proceso laboral. A propósito de una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero de 2016”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 20, 2016.

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*, 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*, 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*, nº 39, 2014.

TALENS VISCONTI, E., “La revisión de hechos probados en el recurso de suplicación: la naturaleza jurídica de la prueba basada en una conversación de WhatsApp”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 231, 2020.