

*Revista Internacional y Comparada de*

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

*Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT*

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

*Directores Científicos*

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

*Comité Evaluador*

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M<sup>a</sup> José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porrás (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

*Comité de Redacción*

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

*Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

*Redactor Responsable de la Gestión Digital*

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

# El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?

Eusebi COLÀS-NEILA\*  
Estela YÉLAMOS BAYARRI\*\*

---

**RESUMEN:** La utilización de aplicaciones de mensajería instantánea se ha popularizado en los últimos años, siendo utilizadas habitualmente como medio para comunicarse por millones de personas, también en el ámbito de las relaciones laborales. Ello ha venido planteando algunas cuestiones en torno a su utilización como medio de prueba en el proceso laboral. Esta contribución analizará algunas de ellas, que han suscitado un debate no cerrado en jurisprudencia y doctrina. En particular, qué naturaleza posee como medio de prueba: documento o medio de reproducción de la palabra, imagen o sonido (algo con importantes consecuencias desde una perspectiva del acceso al recurso de suplicación). Qué normas rigen su aportación en el proceso: impresión del pantallazo, diligencia de constancia por el Letrado de la Administración de Justicia, acta notarial o dictamen pericial. Cómo actuar en caso de impugnación, en concreto a quién corresponde la carga de acreditar su autenticidad, exactitud e integridad. Como se verá, las exigencias requeridas a la prueba digital son, en general, mayores que las aplicadas a la prueba tradicional.

*Palabras clave:* Proceso laboral, prueba digital, WhatsApp.

**SUMARIO:** 1. La prueba digital en el proceso. 2. Mensajería instantánea como prueba en la jurisdicción social. 3. Base legal de la aportación al proceso laboral de los mensajes de WhatsApp. 4. ¿Documentos o instrumentos que permitan archivar, conocer y reproducir la información digital? 4.1. Importancia del modo de aportación. 4.2. Criterios jurisprudenciales del ámbito social para los e-mails o redes sociales. 4.3. Criterios jurisprudenciales del ámbito social para los WhatsApp. 4.4. Las distintas concepciones

\* Profesor Agregado Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Pompeu Fabra (España).

\*\* Abogada; Profesora Asociada de Derecho Procesal, Universitat Pompeu Fabra (España).

procesalistas de documento. 5. Formas de aportación al proceso de una conversación de WhatsApp. 5.1. La impresión del “pantallazo”. 5.2. Diligencias de constancia del Letrado de la Administración de Justicia. 5.3. Actas notariales. 5.4. Prueba pericial. 5.5. Conclusiones. 6. Impugnación de la prueba de WhatsApp y carga de la prueba de la autenticidad, integridad y exactitud. 6.1. Clases de impugnación. 6.2. La carga de la prueba de la autenticidad, exactitud e integridad la tiene el proponente. 6.3. Si no hay impugnación, el documento tiene fuerza probatoria. 7. El WhatsApp como medio de prueba debe contextualizarse. 8. A la prueba del WhatsApp (en general, a la prueba electrónica) se exige más que a la prueba tradicional. 9. Las dudas interpretativas deben resolverse con base al derecho de defensa que incluye el derecho a la prueba. ¿También con el derecho al recurso? 10. Bibliografía.

## WhatsApp as Evidence of Facts Discussed in Labour Proceedings. More Requirements than a Traditional Evidence?

---

**ABSTRACT:** The use of instant messaging applications has become popular in recent years, being commonly used as a means of communication by millions of people, also in the field of industrial relations. This has raised questions about their use as a means of evidence in the employment proceedings. This contribution will analyse some of them, which have given rise to an ongoing debate in the case-law and literature. In particular, what is its nature as a means of evidence: document or means of reproduction of the word, image or sound (something with important consequences from the perspective of access to the judicial review). What rules govern its use in the proceedings: printing of the screenshot, the diligence of the Judicial Officer, the notarial act or an expert opinion. How to act in the event of a challenge, specifically who is responsible for proving its authenticity, accuracy and integrity. As will be seen, the requirements placed on digital evidence are, in general, greater than those applied to traditional evidence.

*Key Words:* Labour proceedings, digital evidence, WhatsApp.

## 1. La prueba digital en el proceso

A estas alturas, son muchos los trabajos que se han publicado sobre prueba digital. Los nuevos soportes, denominados digitales, distintos al papel tradicional, hace ya décadas que plantean al sistema jurídico la necesidad de responder no sólo con normas “sustantivas” reguladoras de estas nuevas realidades, sino también con normas procesales que prevean cómo se aportan al proceso y cómo deben valorarse en relación con el resto de medios de prueba. Los estudiosos del derecho deben avanzar, de otro lado, a los cambios legislativos, ofreciendo interpretaciones de las normas vigentes en cada momento, pues siempre las nuevas tecnologías van por delante de la norma.

Han motivado muchos comentarios doctrinales cuestiones como la aportación al proceso del e-mail como medio de prueba, o los vídeos o audios grabados con teléfono móvil, o las publicaciones en Facebook o Instagram, los vídeos colgados en YouTube, el resultado de una búsqueda de Google, entre otros. En este trabajo nos centramos en la mensajería instantánea, que presenta sus particularidades; en particular, el caso de WhatsApp, una de las aplicaciones que más usuarios posee en todo el mundo.

Posiblemente, en un futuro no muy lejano, los tribunales deberán responder a si una grabación obtenida con un dron o aeronave no tripulada puede presentarse como prueba, en acreditación de unos hechos acaecidos en un lugar sobrevolado por el artefacto<sup>1</sup>. Se planteará, esta cuestión, cuando aún no se ha dado respuesta a cómo se incorporan al proceso la mensajería instantánea o las publicaciones en redes sociales.

Las partes deben decidir cómo proponen la prueba en cada uno de esos casos: con una impresión en formato papel de la captura, mediante una protocolización notarial del acceso a la página en cuestión, con el fichero que incluya la grabación en caso del vídeo... y las dudas son distintas según el caso, porque, insistimos, cada medio de comunicación o almacenamiento de datos tiene sus características técnicas.

El término prueba digital incluye múltiples medios probatorios relacionados con el uso de las tecnologías de la información y la

---

<sup>1</sup> Véase al respecto de estas tecnologías J. SEMPERE SAMANIEGO, *Usos y régimen jurídico aplicable a los drones*, en *Diario La Ley*, 2014, n. 8343. La doctrina se plantea qué ocurriría si un dron que tenga incorporada una cámara sobrevuela un lugar en el que se están produciendo unos hechos susceptibles de ser discutidos en un procedimiento, y esa grabación quiere ser aportada en juicio. Véase M. DE PRADA RODRÍGUEZ, *La prueba digital. Una realidad en el proceso civil*, en M. JIMENO BULNES, J. PÉREZ GIL (coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal. Libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, JMB, 2016, p. 342.

comunicación, uso que deja rastro y de lo que se pretende dar cuenta al juez.

Y al respecto, conviene, desde este momento, realizar una precisión. Lo que es objeto de prueba no son realmente los hechos, sino las afirmaciones que de los mismos hacen las partes en el proceso<sup>2</sup>. Por lo tanto, en las siguientes líneas se tratará de ver cómo se incorporan al proceso determinadas afirmaciones sobre hechos que se pretenden acreditar a través de tecnología digital.

## 2. Mensajería instantánea como prueba en la jurisdicción social

En el ámbito de la jurisdicción social son muchos los estudios que se han publicado sobre prueba digital, como en el resto de jurisdicciones. Quizás en este ámbito son muy frecuentes porque la prueba digital es el modo como se incorporan al proceso los hechos en los que se fundamenta, muchas veces, la decisión empresarial del despido o de otra sanción laboral y en términos estadísticos estos tipos de procedimientos son muy frecuentes de la jurisdicción social.

Aquí se analiza únicamente el tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la aportación al proceso laboral de una conversación de WhatsApp. Esto es, su encuadre como medio de prueba dentro de las distintas categorías existentes legalmente, con las consecuencias que ello puede suponer. También la impugnación de este medio de prueba, que avanzamos que dependerá en parte de la anterior catalogación.

No trataremos aquí la condición previa de toda prueba que quiera ser aportada al proceso, relativa a la discusión de la licitud, pertinencia y utilidad de misma. Especialmente dejamos de lado aquí la consideración de estas pruebas digitales como ilícitas, por vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales, a lo que hemos dedicado otros estudios<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> L. MUÑOZ SABATÉ, *Introducción a la probática*, JMB, 2007, p. 11.

<sup>3</sup> Las memorias estadísticas del Consejo General del Poder Judicial relativos a asuntos sociales arrojan los siguientes datos publicados, relativos aún a 2018 a tiempo de cierre de este trabajo. El total de asuntos resueltos en la jurisdicción social es de 333.434, lo que incluye conflictos colectivos, conflictos individuales y seguridad social. Un total de 245.674 asuntos lo fueron por resolución de conflictos individuales, de los que nada menos que 101.243 asuntos lo fueron por despido. El resto, 144.431 asuntos, lo son por reclamaciones derivadas del contrato de trabajo (fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Asuntos Judiciales Sociales 2018*, 2018 (último acceso: 13 enero 2020).

<sup>4</sup> E. COLÀS-NEILA, E. YÉLAMOS BAYARRI, *Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad*, en J. DE QUINTANA PELLICER, M. MIRÓN HERNÁNDEZ, F. PÉREZ DURÁN

Salvados estos presupuestos previos de incorporación de la prueba al proceso laboral, se trata de ver cuál es su naturaleza como medio de prueba, qué consecuencias tiene esa catalogación y cómo puede impugnarse.

Una conversación de mensajería instantánea puede ser el modo de acreditar los hechos en que se fundamenta el despido, y la mayor parte de esfuerzos interpretativos están dirigidos, en esa temática, a determinar la licitud o no de la prueba y las consecuencias de esa ilicitud (nulidad o improcedencia del despido).

Pero una conversación de WhatsApp también puede ser el modo como se incorporan al proceso los hechos relacionados con el acoso que una persona sufre en el trabajo, o de los insultos recibidos, o de los cambios de las condiciones de trabajo, o de la comunicación de los horarios del trabajador... El WhatsApp está regulado incluso en los Convenios colectivos como herramienta de comunicación de las instrucciones y decisiones empresariales, con incidencia en la prueba que haya de practicarse sobre esos hechos en el proceso. Los WhatsApp pueden ayudar incluso a acreditar la existencia de una relación laboral, dado el caso.

En consecuencia, ese medio de prueba puede ser utilizado, también, por el trabajador. Y debe saber (sus representantes en juicio deben saber) cómo aportarlo al proceso.

(dirs.), *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves tecnologies i relacions laborals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Consejo General del Poder Judicial, Associació Catalana de Iuslaboralistes, 2018, pp. 255-283.

<sup>5</sup> Por ejemplo, el art. 3, relativo a jornada, del Convenio Colectivo del sector Transportes de Viajeros por Carretera de Navarra (en *BO Navarra*, 21 julio 2015), en el que se señala que «Las empresas comunicarán a los trabajadores la hoja de servicio donde consten las circunstancias anteriores bien por escrito bien por medios alternativos que aseguren la recepción de la misma, considerándose medios válidos para dicha comunicación, entre otros, la entrega en mano, la inserción en el tablón de anuncios de la empresa, el correo electrónico, el burofax, los sistemas telefónicos de mensajería instantánea (whatsapp, hangout y otros similares) o la inserción de la hoja de servicios en páginas web corporativas a las que pueda acceder el trabajador». En el régimen disciplinario del Convenio colectivo de Recolectores de Cítricos de la Región de Murcia (en *BO Región de Murcia*, 3 febrero 2018), se señala como infracción leve «No comunicar a la empresa las ausencias imprevistas en el mismo día en que se producen por cualquier medio, salvo casos de urgencias hospitalarias. Para poder imponer esta sanción será necesario previamente que la empresa haya facilitado al trabajador un número de teléfono o SMS o WhatsApp, correo electrónico, fax, o cualquier otro medio equivalente, donde efectuar la comunicación». O, por último, el art. 24 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Aderezo, relleno, Envasado y Exportación de Aceituna de Sevilla (en *BoP/Sevilla*, 12 junio 2014) establece que «las llamadas al trabajo se podrán realizar por WhatsApp».



En cualquier caso, adelantamos algo que es obvio: las conclusiones que se den respecto de la naturaleza o forma de aportación como medio de prueba de una conversación de WhatsApp en el proceso laboral deberán operar tanto si pretenden ser aportados por el trabajador como si pretenden ser aportados por el empresario, en acreditación de hechos que benefician al trabajador, o en acreditación de hechos que benefician la tesis del empresario.

### **3. Base legal de la aportación al proceso laboral de los mensajes de WhatsApp**

Ni la ley n. 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), ni tampoco la ley n. 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) regulan el concepto de documento o prueba electrónica.

La LRJS admite que las partes, siempre que se trate de una prueba útil, lícita y pertinente, claro está, puedan «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» (art. 90 LRJS).

La LEC se refiere también a los «medios, procedimientos o instrumentos» que permitan archivar, conocer y reproducir la información digital (arts. 299.2 y 384.3 LEC)<sup>6</sup>. Los arts. 382, 383 y 384 LEC prevén la reproducción de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y semejantes, debiendo acompañar la transcripción escrita de las palabras y la posibilidad de admisión como prueba de instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase.

Podemos traer a colación también determinada regulación contenida en

<sup>6</sup> Con la ley n. 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, se hicieron algunas reformas en lo relativo a la utilización de las nuevas tecnologías de comunicación en el ámbito de la Administración de Justicia, pero ello viene referido a las comunicaciones entre los intervinientes del proceso, a la obligatoriedad de los profesionales de presentar escritos con medios telemáticos, lo que no es objeto de análisis aquí. Nos referimos especialmente a las previsiones del actual art. 273 LEC.

normas no procesales. El art. 3 de la ley n. 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, define el “documento electrónico” como «a información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado». La ley n. 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información, remite en su art. 24 a la ley de firma electrónica, admitiendo como prueba documental «el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica».

Ahondando en esto, el Reglamento (UE) n. 910/2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, regula los tres tipos de firma electrónica que existen a nivel europeo<sup>7</sup>. En principio, un mensaje de WhatsApp no incorpora la firma electrónica avanzada o cualificada, sino sólo la firma simple.

#### **4. ¿Documentos o instrumentos que permitan archivar, conocer y reproducir la información digital?**

##### **4.1. Importancia del modo de aportación**

Los preceptos de las normas procesales, LRJS o LEC, no regulan cómo se introducen en el proceso las conversaciones de WhatsApp, como tampoco se regula para cualquier otra prueba digital, por lo que la jurisprudencia social ha llevado a cabo su labor interpretativas. La cuestión

<sup>7</sup> Se define la firma electrónica como los datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que cumple los requisitos contemplados en el art. 26 (estar vinculada al firmante de manera única; permitir la identificación del firmante; haber sido creada utilizando datos de creación de la firma electrónica que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su control exclusivo; y estar vinculada con los datos firmados por la misma de modo tal que cualquier modificación ulterior de los mismos sea detectable). Por último, la firma electrónica cualificada es una firma electrónica avanzada que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de firmas electrónicas y que se basa en un certificado cualificado de firma electrónica.

<sup>8</sup> Un análisis de los distintos supuestos de prueba electrónica analizados en la jurisdicción social puede verse en A.C. SALAS VELASCO, *La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso*, en J. DE QUINTANA PELLICER, M. MIRÓN HERNÁNDEZ, F. PÉREZ DURÁN (dirs.), *op. cit.*, pp. 226 ss. Se estudia el tratamiento jurisprudencial de la grabación de imagen y sonido, la geolocalización, los medios informáticos de titularidad empresarial, los mensajes de correo electrónico, y la información contenida en redes sociales.

no es baladí, pues su aportación al proceso es distinta, la valoración de cada uno de los medios probatorios es también diferente. Y la decisión al respecto condiciona, además, las posibilidades de recurso.

La doctrina advierte<sup>9</sup> que mientras los documentos, si incorporan firma electrónica, tendrán el mismo valor que una firma manuscrita (siempre que se base en un certificado reconocido y haya sido producida por un dispositivo seguro), las palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, serán valoradas según la sana crítica (art. 382.3 LEC). Además, en el caso de los primeros se aplica el art. 94 LRJS, pero la reproducción de la palabra, imagen o sonido se realiza en último lugar, una vez que se han practicado el resto de las pruebas (art. 300 LEC).

Pero, sobretodo, la elección del medio probatorio afecta a la posibilidad de revisión de los hechos declarados en la sentencia de primera instancia. El art. 193.b LRJS establece que el recurso de suplicación sólo puede tener por objeto la revisión de los hechos declarados probados fundamentados en pruebas documentales y pruebas periciales. De tal manera que, si en el Juzgado de lo Social únicamente se aporta la prueba como medio de reproducción de palabra, imagen o sonido, los hechos que incorporan no podrán ser revisados en el Tribunal Superior de Justicia. En definitiva, «para recurrir sería necesario otro medio de prueba»<sup>10</sup>.

#### 4.2. Criterios jurisprudenciales del ámbito social para los e-mails o redes sociales

Antes de analizar las opiniones doctrinales y jurisprudenciales sobre esta materia, vale la pena hacer referencia a que esta problemática también se planteó en la jurisdicción social respecto a los correos electrónicos y las publicaciones en redes sociales.

Se discutió, y aún se discute, si los e-mails son o no un documento a efectos de prueba<sup>11</sup>. Todos los argumentos que ofrecían unas y otras tesis

<sup>9</sup> L.M. MUNIN SÁNCHEZ, *Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba*, en L. MELLA MÉNDEZ, P. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS (dirs.), *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado (Alemania, Reino Unido, Polonia, Portugal y Argentina)*, Dykinson, 2017, p. 341.

<sup>10</sup> A. LACALLE MULS, *El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral*, en *IUSLabor*, 2018, n. 1, p. 245.

<sup>11</sup> J.A. SANFULGENCIO, *¿Son los emails prueba documental en un juicio laboral? A propósito de la STSJ Cantabria de 30 de enero de 2019*, en *Andersen Tax & Legal*, 6 septiembre 2019, expone que la doctrina de suplicación no es pacífica en cuanto a si la impresión en papel de los emails que se aportan como prueba en el acto del juicio son “prueba documental”. Existe

podrían trasladarse para el caso de la incorporación como prueba al proceso de los WhatsApp.

También se planteó esta misma problemática respecto de las publicaciones contenidas en redes sociales. Algunas sentencias del orden social niegan que la prueba de las redes sociales pueda tener naturaleza documental y sostienen que tendrían la naturaleza de prueba por reproducción de palabras e imágenes, todo ello por su carácter fácilmente manipulable<sup>12</sup>.

Los argumentos de esos planteamientos pueden servir, decimos, como punto de partida para el análisis del caso de los WhatsApp, pues todos son casos de prueba digital. De hecho, los argumentos a los que hemos hecho referencia, como se verá, se reproducen en muchas sentencias sobre mensajería instantánea.

### 4.3. Criterios jurisprudenciales del ámbito social para los WhatsApp

La jurisprudencia laboral no es unánime en la catalogación del WhatsApp como medio de prueba, en su forma de incorporación y en si puede fundamentar una revisión de los hechos probados en suplicación.

una primera tesis según la cual sí son documentos válidos para revisar los hechos probados: STSJ Galicia 12 marzo 2019, RS 4149/2018; STSJ Madrid 27 julio 2018, RS 390/2018; STSJ Castilla-La Mancha 13 diciembre 2017, RS 1483/2017; STSJ Castilla y León (Valladolid) 16 enero 2017, RS 2375/2016; STSJ Cataluña 18 julio 2016, RS 3194/2016; STSJ Aragón 17 noviembre 2010, RS 736/2010. Otras resoluciones entienden que los reportes impresos de los correos electrónicos carecen de la consideración de prueba documental y, por tanto, no son hábiles a efectos del art. 193.b LRJS, aparte de la citada STSJ Cantabria, soporte de los presentes comentarios: SSTSJ Galicia 28 marzo 2019, RS 2467/2018 y 2 diciembre 2008, RS 4402/2008; SSTSJ Madrid 19 julio 2017, RS 677/2017 y 13 abril 2015, RS 705/2014; STSJ Andalucía (Sevilla) 7 junio 2017, RS 2217/2016. Y una postura intermedia entiende que los e-mails tienen validez revisora, pese a no ser reconocidos, si hubiesen sido averiguados pericialmente (STSJ Cataluña 23 octubre 2015, RS 3164/2015).

<sup>12</sup> A. LACALLE MULS, *op. cit.*, pp. 242 ss. La autora cita entre las sentencias en contra de la consideración como prueba documental de la información contenida en las redes sociales, la STSJ País Vasco 12 noviembre 2013, n. 1943. En su virtud, la constancia en el perfil de la red social Facebook de una serie de fotografías en las que aparece el actor, está igualmente abocado al fracaso desde el momento en que la Magistrada de instancia niega el valor de documento. En sentido contrario, se cita la STSJ Asturias 14 junio 2013, n. 1333, que califica como prueba documental las fotografías de la red social Facebook. También la STSJ Andalucía 29 octubre 2015, n. 2671, considera válida y admisible la prueba documental aportada por la empresa consistente en fotografías de la cuenta de Facebook de la trabajadora despedida.

Es más, hay resoluciones del orden social que *niegan directamente valor probatorio a los WhatsApp, por la posibilidad de manipulación* de los mensajes al no asegurarse la seguridad en el almacenamiento de los mensajes. Puede citarse la STSJ Madrid 15 noviembre 2018, n. 1009, que a su vez cita otras anteriores (STSJ Madrid 29 septiembre 2017, n. 817).

Otras resoluciones dan a los mensajes de WhatsApp el *valor de mera testifical documentada, manifestaciones de parte sin sustento probatorio*. Podemos citar aquí, por ejemplo, la STSJ Cantabria 29 abril 2015, n. 346, en la que las partes pretendían fundar una revisión de hechos en relación a la pretendida acreditación de la dimisión de un trabajador<sup>13</sup>.

También la sentencia del Juzgado de lo Social n. 1 de Zamora 23 febrero 2018, n. 45, que decide sobre si para la determinación de las horas que cada semana debían ser trabajadas por el actor, y abonadas por el empresario, puede utilizarse como prueba los mensajes de WhatsApp. Esas conversaciones, aunque fueron reconocidas por el demandado, se califican como meras manifestaciones de parte sin el menor sustento probatorio<sup>14</sup>.

Algunas resoluciones niegan eficacia probatoria a las conversaciones de WhatsApp, pero la especial carga probatoria de la materia en concreto explica esa conclusión, en parte. Nos referimos, por ejemplo, a si por medio de WhatsApp se puede acreditar una *modificación de las condiciones de trabajo, o si en un mensaje WhatsApp puede quedar clara la voluntad de dimitir del trabajador*. Sobre lo primero, puede considerarse la sentencia del Juzgado de lo Social n. 4 de Oviedo 5 junio 2018, n. 292, que sostiene que «aún pudiendo producir efectos jurídicos tal comunicación, no se considera procesalmente eficaz (desde la perspectiva de la carga de la prueba) para poder considerar que dicho WhatsApp sea una formal comunicación de modificación sustancial, por mucha libertad de forma que exista en este ámbito».

<sup>13</sup> Argumenta la sentencia que «Lo que con la transcripción de dichos mensajes se pretende demostrar la realidad de una dimisión, no la naturaleza del vínculo entre las partes. Pues bien, no cabe acceder a dicha adición, al venir fundada en una serie de mensajes de texto, por medio de la aplicación WhatsApp, entre dos personas ajenas a este procedimiento [...] prueba inhábil a efectos revisorios, al constituir una testifical documentada».

<sup>14</sup> La sentencia sostiene: «la jornada que ha de declararse probada, se obtiene de las conversaciones de WhatsApp aportadas por la parte actora, expresamente reconocidas por el demandado mediante la prueba de interrogatorio [...] respecto de las horas correspondientes al mes de julio de 2017, ante la discrepancia de las partes, se ha considerado acreditada la realización de las horas indicadas por el empresario, pues siendo el contenido de los mensajes meras manifestaciones de parte sin mayor sustento probatorio, no pueden tenerse por probadas las horas que se indican por el trabajador».

Sobre la falta de acreditación de la voluntad de dimisión del trabajador, puede citarse la STSJ Cantabria n. 346/2015, aludida anteriormente. Dado que la voluntad de dimitir debe constar de forma clara, expresa e inequívoca, se considera que los mensajes de WhatsApp no son suficientes para acreditar esa voluntad. Tampoco en el supuesto analizado en la sentencia del Juzgado de lo Social n. 2 de Cartagena 9 abril 2018, n. 136. Aquí, el WhatsApp sirve para acreditar el despido y negar la intención dimisionaria del trabajador<sup>15</sup>.

En cambio, en el asunto resuelto en la STSJ Madrid 8 junio 2017, n. 421, los mensajes de WhatsApp sí se consideraron acreditativos «de una clara conducta de la demandante reveladora de su insistente decisión de no acudir al trabajo y, por tanto, de no querer tener ocupación efectiva, haciéndose definidora de su propio derecho».

En otra temática donde también se exige especial carga probatoria es en la *acreditación del acoso laboral*. En la STSJ Madrid 28 septiembre 2018, n. 646, la única prueba del acoso eran conversaciones de WhatsApp, que se consideraron insuficientes, a pesar de que el contenido literal de los mensajes no fue controvertido.

Especial consideración merecen las resoluciones en las que el Tribunal Supremo y los Superiores de Justicia evalúan si la *prueba de WhatsApp es capaz de modificar el relato de los hechos probados en suplicación*.

El Tribunal Supremo ya se pronunció hace años sobre ello y sentó doctrina en el sentido de que el WhatsApp no es documento. La STS 26 noviembre 2012, Rec. 786/2012, sostuvo que es un medio de reproducción de la palabra el sonido y la imagen de los regulados en los arts. 382-384 LEC. Con lo que ello supone, pues está regulado de forma separada de la prueba documental, su aportación al proceso es diferente, la valoración que ha de dársele a dicha prueba también es diversa, y no puede admitirse la revisión fáctica con base al WhatsApp, pues no es prueba documental o pericial.

Más adelante, en resoluciones como el *ATS 21 febrero 2017* insiste: «la actora solicita en suplicación que se suprima en el Hecho Probado Quinto

<sup>15</sup> Lo expresa así la sentencia: «Se acredita fehacientemente como se produjo el despido tanto por lo acreditado por el demandante como por las propias actuaciones de la empresa tal como se ha dicho, y no queda margen alguno de interpretación a lo verdaderamente sucedido, que el despido del actor es tal como relata el mismo y acredita en sus actuaciones e incluso con prueba practicada por la empresa (como el famoso WhatsApp, que era medio de comunicación habitual entre las partes, o la inmediata denuncia a la Inspección de Trabajo) y en ningún caso hubo intención dimisionaria del trabajador, y en consecuencia, se considera que se ha producido un despido que tiene la consideración de improcedente y que despliega los efectos correspondientes».

la frase que hace referencia a que por la tarde la encargada de zona se comunicó con ella a través de la aplicación WhatsApp, reiterando que no iba a volver al trabajo, y aduce la recurrente al efecto que dicho extremo no se encuentra amparado en prueba documental válida. Lo que no se estima, porque, indica la Sala, la alegación de inexistencia de prueba válida no basta para sustentar la revisión del relato fáctico al amparo del art. 193.b) LRJS, a lo que se ha de añadir que el intercambio de WhatsApp entre la directora de zona y la demandante ha quedado acreditado a través de la testifical, según se señala expresamente en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia, sin que dicha prueba resulte apta para la modificación del relato de hechos probados por impedirlo la técnica suplicatoria».

Los Tribunales inferiores siguieron al Tribunal Supremo en esas consideraciones. Por ejemplo, podemos citar la STSJ Galicia 26 marzo 2019, que recuerda los objetivos de la técnica suplicatoria, y concluye: «Las comunicaciones entre las partes remitidas por vía telemática, como los correos electrónicos o servicios de comunicación como “WhatsApp”, no constituyen en suma prueba documental que permita concluir de forma clara y absolutamente incontrovertida los asertos que contienen»<sup>16</sup>.

Sin embargo, algunas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia han admitido en los últimos años el WhatsApp como prueba documental. Por ejemplo, la *STSJ Galicia 28 enero 2016, n. 556*, que analizaba un caso de despido realizado por WhatsApp.

El Tribunal asume que el WhatsApp es un medio de prueba válido, pero debe cumplir determinadas condiciones. Concretamente, sostiene el Tribunal que para considerar una conversación de WhatsApp como documento «sería preciso que se hubiese aportado no sólo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente “pantallazo” – que es lo único que cumple el actor –, sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que está se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Esto

<sup>16</sup> En la sentencia se argumenta que «La revisión del relato fáctico de una sentencia exige la cita de prueba documental que evidencie el error de valoración que se denuncia de un modo claro y absolutamente incontrovertido, “de forma clara, patente y directa de la prueba documental – o pericial – obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas” [STS 6 julio 2004, Rec. 3/2004; STS 12 diciembre 2007, Rec. 25/2007, o STS 5 noviembre 2008, Rec. 47/2007]. Estos documentos no pueden considerarse prueba documental fehaciente en el sentido exigido por la jurisprudencia unificada. [...] Este tipo de documental carece de los requisitos necesarios para dar prueba fehaciente, a efectos del recurso de suplicación, de un determinado hecho, desvirtuando las conclusiones alcanzadas por el Magistrado de instancia, previa valoración conjunta de la prueba aportada y practicada».

podría haber conseguido a través de la aportación del propio móvil del Sr. Abel y solicitando que, dando fe pública, el LAJ [actual Letrado de la Administración de Justicia] levante acta de su contenido, con transcripción de los mensajes recibidos en el terminal y de que éste se corresponde con el teléfono y con el número correspondiente».

La resolución añade que, para que aceptemos como documento una conversación o mensaje de este tipo (algo diferente a su valor probatorio) podríamos establecer cuatro supuestos:

1. cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación;
2. cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido;
3. cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición);
4. cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores<sup>17</sup>.

Esa resolución fue muy comentada en la doctrina iuslaboralista. Algunos autores ensalzaron la interpretación flexible del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, afirmando que la resolución no sólo permite incorporar como prueba una conversación o mensaje electrónico con cuatro opciones, sino que resuelve sobre la credibilidad que a esa prueba se le otorga y la valoración que debe hacer el Juez.

Otras opiniones, sin embargo, sostuvieron que la concesión a los WhatsApp de valor revisorio a efectos de suplicación con esas condiciones «supone confundir la transcripción del contenido del mensaje con el medio de prueba mismo»<sup>18</sup>.

Asimismo, también puede objetarse a la resolución que las cuatro condiciones establecidas por el Tribunal Superior de Justicia entremezclan cuestiones relativas a la naturaleza de la prueba y otras relativas a su impugnación. La ausencia de impugnación de la conversación no tiene por qué determinar la validez como documento del mensaje de WhatsApp (primeros puntos a y b). Ello es una garantía de certeza del mensaje no impugnado, pero no tiene nada que ver con su naturaleza como prueba documental<sup>19</sup>.

Poco tiempo más tarde, en STSJ Galicia 27 enero 2017, o en STSJ Galicia 7 junio 2018, el Tribunal insistía el que el WhatsApp no es documento, no es prueba hábil a efectos revisorios.

<sup>17</sup> Sobre esta sentencia, véase también C. MORALES VÁLEZ, *La validez probatoria del whatsapp y su incorporación al procedimiento*, en [www.sepin.es](http://www.sepin.es), junio 2016.

<sup>18</sup> A. SIERRA VILLAÉCIJA, *¿WhatsApp es un medio de prueba válido en el proceso laboral?*, en <https://blog.sepin.es/>, 23 octubre 2019 (último acceso: 4 enero 2020).

<sup>19</sup> En este sentido, A. LACALLE MULS, *op. cit.*, p. 244.



Añade esta STSJ Galicia 27 enero 2017 que se trata de «un medio de reproducción de la palabra el sonido y la imagen de los regulados en el art. 382 a 384 de la LEC. [...] El WhatsApp como hemos indicado, es uno de los nuevos medios de prueba a los que se refiere el art. 299.2 de la LEC, frente a los medios de prueba tradicionales a los que se refiere el art. 299.1 de la LEC, y la prueba documental, que es la recogida en el art. 193 b) con eficacia revisoría, está recogida dentro de los medios de prueba tradicionales (en concreto puntos 2 y 3 del art. 299 LEC), y la diferencia entre unos y otros no solo se aprecia en el medio de prueba en sí ya que no solo se diferencia en la forma de aportación y práctica de la prueba, sino también en su valoración 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 restantes) los medios nuevos de prueba están sometidos al sistema de valoración libre ya que tanto en el supuesto del art. 382 LEC como en el supuesto del art. 384 LEC señalan que serán valorados conforme a las reglas de la sana crítica. Tampoco entendemos que pueda ser conceptuado como un documento electrónico o informático (prueba documental) ya que para ello el art. 3.8 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica exige la firma electrónica (El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental) circunstancia que no concurre en el WhatsApp, y en resto de los supuestos tendrá el valor y la eficacia jurídica que le corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable».

Existe más o menos acuerdo en la jurisprudencia en que los WhatsApp no permiten la revisión de los hechos probados. Pero ello no significa que no deban ser *admitidos como prueba en primera instancia y valorados por supuesto por el Juzgado de lo Social*. Así se dice entre otras en la STSJ Castilla y León 17 septiembre 2018, donde se entiende que el documento aportado no puede revisar hechos probados en suplicación, pero el Magistrado de instancia dio por probada la conversación electrónica y debe recogerse en su integridad.

En el mismo sentido, la STSJ Cataluña 13 noviembre 2017, n. 6781, establece que aunque «este tipo de documental carece de los requisitos necesarios para dar prueba fehaciente, a efectos del recurso de suplicación, de un determinado hecho, desvirtuando las conclusiones alcanzadas por el Magistrado de instancia, previa valoración conjunta de la prueba aportada y practicada. Estos medios de comunicación no hacen otra cosa que reflejar las comunicaciones que las partes intercambian entre sí. 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 de parte, pero insistimos en que no pueden considerarse documental fehaciente a los efectos del artículo 193.b) LRJS».

En otro grupo de resoluciones, *las sentencias niegan valor probatorio al simple “pantallazo”, ponen el acento en actividades complementarias* (la transcripción de la conversación, el cotejo con el teléfono móvil, el reconocimiento por las partes de la conversación, etc.).

Por ejemplo, en el ATS 5 marzo 2019, que analiza un caso de despido verbal, se recrimina al proponente que los WhatsApp no fueron reconocidos por el demandado y por no venir sustentados en prueba pericial y tratarse, únicamente, de simples pantallazos fotocopiados con frases fragmentadas e inconexas.

Por el contrario, en el caso analizado en la STSJ País Vasco 23 septiembre 2014, n. 1653, se propuso por el trabajador en tiempo y forma la *prueba de reconocimiento judicial*, pretendiendo que el Juzgador examinase el teléfono móvil, o ello se practicara como diligencia final y no se concedió. La denegación de esta prueba supone denegar el resto de actividad probatoria y se entiende que se ha producido una vulneración en el derecho a la prueba. La falta de habitualidad no es óbice, entiende el Tribunal, para que se practique esa prueba<sup>20</sup>.

Por otro lado, en el caso resuelto en la STSJ La Rioja 22 enero 2016, n. 14, se admite como prueba y se le da plenos efectos a una conversación de WhatsApp de la que se aporta la *transcripción*, y además es *ratificada por su interlocutor*. Concretamente se trataba de mensajes a través de la aplicación móvil al un compañero, de un contenido inaceptable, y que constatan que no guarda el debido respeto hacia él. Se descartan los argumentos sobre ilicitud de la prueba y se justifica finalmente la decisión del despido.

También en la STSJ Murcia 17 mayo 2017, n. 543, se toma en consideración que se haya aportado una transcripción de la conversación.

Por otro lado, en ocasiones se atiende a la comprobación de la impresión

<sup>20</sup> Son interesantes las palabras de la sentencia: «Es cierto que la falta de habitualidad de la prueba denominada reconocimiento judicial (artículo 353 y ss de la LEC) en el orden jurisdiccional social, se enmarca en la posibilidad y precisión de utilizar otros medios de prueba suficientes al objeto de argumentar y probar las pretensiones, donde la apelación de medios y maneras propias de nuevas tecnologías (e-mail, sms, WhatsApp, Facebook), se antoja poco habitual (pero) lo cierto es que existe justificación de utilidad y pertinencia respecto a instrumentos en los procedimientos de reproducción de palabra, imagen, archivo, reproducción de datos, siempre aportados por medio de soporte adecuado y en otorgamiento de disposición del órgano jurisdiccional para con los medios necesarios para su reproducción, constancia u observación, que permite tener por posibles dichos medios de prueba, siempre con el límite en la valoración judicial final propia de la sana crítica o de la jerarquía de las pruebas».

aportada con el examen del teléfono móvil (*cotejo*). En la sentencia del Juzgado de lo Social n. 3 de Palma 20 agosto 2018, n. 324, se da eficacia probatoria a comunicaciones por medio de WhatsApp, donde además, dispone la sentencia «había tenido lugar el cotejo de dichas comunicaciones con el terminal del Sr. X, sin que además por la parte actora se cuestionara su número de teléfono. De dichas conversaciones, transcritas en el hecho probado segundo, se extrae de forma clara y contundente el desistimiento del trabajador».

En ocasiones, esas *actividades complementarias serán necesarias si existe una impugnación*, es decir, cuando los WhatsApp no hayan sido reconocidos. Pero no antes. La STSJ Cataluña 12 abril 2018, n. 2139, apuesta por una valoración conjunta de los medios de prueba y advierte que aunque es posible la manipulación, el sistema arbitra mecanismos para solventar esas anomalías. Es más, dispone la sentencia, que el hecho de que los WhatsApp no hayan sido reconocidos no determina que la parte que los propuso acredite la validez o veracidad de su contenido por cualquier otro medio probatorio, sino que el que los haya propuesto pueda pedir su cotejo o proponer cualquier otro medio de prueba que sea útil y pertinente. Si ello no se lleva a cabo, no se rechaza su admisión como medio de prueba, sino que el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica (art. 326 LEC).

Como acaba de verse, la jurisdicción laboral no tiene un criterio unánime en la catalogación del WhatsApp como medio de prueba<sup>21</sup>. De entrada, no existe criterio mayoritario sobre su naturaleza como prueba documental o no, o sobre qué es necesario para su aportación en juicio. El resto de jurisdicciones tampoco tienen un criterio unánime y las soluciones han ido cambiando a lo largo del tiempo<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Tampoco con respecto al resto de prueba digital. Un repaso de parte de la jurisprudencia del orden social en materia de prueba digital puede consultarse en M. FONS CARBONELL, *Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral*, en J. DE QUINTANA PELLICER, M. MIRÓN HERNÁNDEZ, F. PÉREZ DURÁN (dirs.), *op. cit.*, pp. 289 ss.

<sup>22</sup> En el ámbito procesal penal, por ejemplo, se estableció en la jurisprudencia una “regla de carga probatoria” que desplazaba a quien lo aportara, acreditar el verdadero origen de la comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido. Pero ese rigor de desplazamiento de la carga probatoria se fue matizando: se aplica taxativamente a los “pantallazos”, aunque el resto de formas de aportación, mediante soportes electrónicos originales o copia, o acompañando el original, debe analizarse singular y cautelosamente, a juicio de la jurisprudencia penal. Véase un análisis en el ámbito penal en T. ARMENTA DEU, *Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre*, en *Revista d’Internet, Dret i Política*, 2018, n. 27, p. 73. Sobre la prueba de WhatsApp en la jurisprudencia civil, véase J. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *Las nuevas tecnologías aplicadas a*

Una última reflexión que merece hacerse acerca de las resoluciones sobre la materia es lo siguiente: una cosa es admitir el WhatsApp como medio de prueba y otra bien distinta aceptar los resultados probatorios que sostiene la proponente<sup>23</sup>. Pero ello es propio de cualquier prueba y forma parte del proceso mental de valoración de la misma que luego debe explicitarse en sentencia.

#### 4.4. Las distintas concepciones procesalistas de documento

Como puede apreciarse, no existe unanimidad en la jurisprudencia acerca de la consideración o no de los WhatsApp como documentos. Principalmente en las resoluciones está siempre presente el acceso o no a suplicación de los hechos que pretenden acreditarse con ese medio de prueba.

Esa visión finalista de la catalogación en uno u otro grupo es loable, básicamente desde el punto de vista del derecho al recurso, pero significa prescindir del análisis objetivo de su naturaleza como documento. Entendemos que esto último es necesario y que en esa decisión no puede prescindirse de las distintas concepciones sobre la prueba documental que ha venido ofreciendo la doctrina procesalista.

Los estudios sobre este tipo de prueba digital deben necesariamente tener en cuenta las tres concepciones existentes sobre el documento como medio de prueba<sup>24</sup>:

1. en la concepción amplia, se entiende por documento cualquier objeto físico mueble susceptible de ser llevado a presencia judicial;
2. en la concepción estricta, el documento queda limitado a todo objeto escrito, con independencia del soporte material y del lenguaje gráfico expresado. Sólo es la representación de un pensamiento escrito en papel;
3. por último, en la concepción intermedia, el documento es todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso, a través

*la prueba*, en J. PICÓ I JUNOY (dir.), *La prueba civil: aspectos problemáticos*, Aranzadi, 2017. La jurisprudencia de las Audiencias se mueve entre dar credibilidad a dichos mensajes o negar eficacia probatoria por considerarse altamente manipulable. Una postura intermedia es la que condiciona la credibilidad de la prueba del WhatsApp a la existencia de otro tipo de pruebas que la corroboren, como la intervención del remitente o receptor el que los aporte. Un estudio de todas las jurisdicciones se hace en J. DELGADO MARTÍN, *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, La Ley, 2018, especialmente el cap. 5, dedicado al proceso laboral.

<sup>23</sup> A este respecto, véase la STSJ Extremadura 14 junio 2018, n. 391.

<sup>24</sup> X. ABEL LLUCH, *La impugnación de la prueba electrónica*, en *Justicia*, 2019, n. 1, p. 220.

del sistema tradicional de la escritura, o de los instrumentos de reproducción de la imagen y del sonido.

Quizás estas concepciones y los argumentos ofrecidos por los autores que las defienden puedan servir para justificar la naturaleza que cada cual quiera otorgar al WhatsApp como medio de prueba. La que sea, pero entendemos que su cita es obligada para contextualizar cualquier conclusión.

## **5. Formas de aportación al proceso de una conversación de WhatsApp**

Independientemente de la naturaleza como documento o no del WhatsApp, la siguiente cuestión es cómo se aporta, pues las normas procesales vimos que no resuelven el interrogante.

### **5.1. La impresión del “pantallazo”**

La forma más simple de aportación es la simple impresión del pantallazo del mensaje o conversación de WhatsApp. Pero quizás no baste eso, del mismo modo que quizás no sea suficiente con la impresión de un correo electrónico desde un ordenador particular. La jurisprudencia social parece que exige algo más.

Vimos que, por ejemplo, la STSJ Galicia n. 556/2016, a la que la doctrina ha dedicado tantos comentarios, exige la transcripción de la conversación y el cotejo de la misma por el Letrado de la Administración de Justicia. Otras resoluciones, que también acabamos de ver, indican que es obligado verificar si los hechos que pretenden extraerse de la prueba de WhatsApp aparecen confirmados en otros medios de prueba (interrogatorio, testigos). Algunas otras resoluciones niegan que el WhatsApp tenga capacidad revisora de los hechos de primera instancia.

La fuerza probatoria de la prueba de WhatsApp puede depender de la verificación de los resultados que se extraen de práctica de otros medios de prueba como la declaración testifical o el interrogatorio de parte, en comparativa con la prueba de WhatsApp y se procede así a su valoración conjunta.

Con independencia de lo anterior, y considerando la prueba de WhatsApp por sí sola, se pueden plantear tres formas de aportación que van más allá de la simple impresión como documento privado de la conversación de mensajería instantánea: las diligencias de constancia del Letrado de la

Administración de Justicia, las actas Notariales y las pruebas periciales<sup>25</sup>.

## 5.2. Diligencias de constancia del Letrado de la Administración de Justicia

Dado que el Letrado de la Administración de Justicia es el depositario de la fe pública judicial, este puede levantar acta a petición de los interesados del contenido del mensaje de WhatsApp, identidades que figuren en dichos mensajes, así como del dispositivo móvil utilizado<sup>26</sup>.

Precisamente por la condición de depositario de la fe pública judicial de este interviniente, debería darse el valor probatorio de documento público a estas diligencias de constancia.

## 5.3. Actas notariales

Otra opción es la aportación mediante un acta notarial en la que se constatará por el notario la existencia del mensaje de WhatsApp, otorgando fe pública del acceso a la cuenta del dispositivo móvil donde esté instalada la aplicación de mensajería, y procederá a imprimir los mensajes elegidos incorporándolos finalmente al acta notarial. En el acta de “protocolización” se incluirá los números de teléfono desde los que se hayan enviado o recibido los mensajes, las fechas de los referidos mensajes, así como las identidades de los intervinientes que figuren en los textos protocolizados.

La utilidad de esta forma de aportación se verifica cuando la conversación

<sup>25</sup> Véase un resumen de estas posibles formas de aportación en R. ROJAS, *La prueba digital en el ámbito laboral. ¿Son válidos los “pantallaños”?*, en *Laboral 3.0*, 11 abril 2016 (último acceso: 4 enero 2020). También en A. LACALLE MULS, *op. cit.*, pp. 248 y 249, donde se habla de los “nuevos protagonistas”, refiriéndose al notario y al perito como auxiliares en este tipo de medios de prueba.

<sup>26</sup> Podemos citar la SAP Córdoba, Sección 3ª, 2 abril 2014, n. 159, que admite como prueba un Acta del Letrado de la Administración de Justicia sobre el contenido de mensajes de WhatsApp. Se trata de una sentencia dictada en el orden penal, pero es ilustrativa del contenido de esa acta. La resolución indica textualmente: «el Secretario Judicial, según consta en la diligencia extendida por el mismo el 20 de diciembre de 2.013 (folio 44), procediera a la “transcripción xerográfica de los mensajes recibidos por doña Dolores en el terminal número NUM003”. Por tanto, del propio texto de la diligencia resulta que quien ostentaba la fe pública judicial, ejercitada dentro del marco de lo dispuesto en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con carácter exclusivo y pleno, dejó constancia de un hecho con trascendencia procesal».

mantenida mediante mensajería instantánea es suprimida por el autor. Además, con ello se supera la “inherente volatilidad” propia del WhatsApp, por su fácil manipulación, y se evita que el Juzgado niegue eficacia probatoria a la mera impresión<sup>27</sup>.

Los notarios se plantean en distintos estudios los aspectos de esta acta notarial de WhatsApp. Resumidamente, las consideraciones que pueden hacerse son<sup>28</sup>:

1. solamente puede requerir al notario para transcribir una conversación en WhatsApp alguien que haya participado materialmente en ella. No basta que sea propietario del terminal o titular de la línea telefónica. Todo lo cual deberá ser además expresamente manifestado en el acta;
2. el requerimiento debe formalizarlo alguien con interés legítimo. El requirente deberá explicar la razón de que desee hacer constar ante notario conversaciones con otras personas, y esta razón ha de ser suficiente a juicio del notario y ser plasmada en el documento;
3. el notario debe informar al requirente de que la existencia de una copia notarial no supone permiso para una publicidad indiscriminada de su contenido. A él incumbe la responsabilidad de no divulgar indebidamente datos personales, y de hacer un uso adecuado de los mismos;
4. el notario debe hacer una serie de comprobaciones técnicas: que la línea de teléfono pertenece al requirente, exhibiendo por ejemplo la factura telefónica; llamar a ese número para verificar la línea; identificar correctamente el terminal que se nos presenta, haciendo constar el llamado IMEI, que es un número único y exclusivo para cada terminal; identificar el número de la tarjeta SIM, si se estima necesario; cuáles son los números de teléfono que están teniendo la conversación de WhatsApp entre sí;
5. como en cualquier acta de transcripción de textos, habrá de cuidarse de que se incluya en ella todo lo necesario para que se comprenda bien el sentido de la conversación. No se puede aceptar la pretensión del requirente de hacer constar solamente parte, si eso puede tergiversar el sentido del conjunto;
6. se pueden hacer constar en el acta textos, y también imágenes, video o

<sup>27</sup> A. LACALLE MULS, *op. cit.*, p. 248.

<sup>28</sup> Es muy recomendable la lectura de F. GOMÁ LANZÓN, *Actas notariales de internet, intranet, redes sociales y mensajería instantánea. Interés legítimo, casos y límites. La herencia digital*, en AA.VV., *Anales de la Academia Sevillana del Notariado. Tomo XXIX: Conferencias del curso académico 2017/2018*, Academia Sevillana del Notariado, 2018, pp. 148 ss. Se detallan la incidencia del acta en los aspectos relativos a la afectación a derechos fundamentales así como el contenido concreto del acta.

audios, siempre que aparezcan en ellas los que están en la conversación, o, no estando ellas, no atenten contra la intimidad o el honor de ninguna persona, y se tenga interés suficiente en reflejarlas.

Ahora bien, levantar un acta notarial lo único que justifica es que en un momento determinado existía la publicación en cuestión, pero no puede dar certeza sobre la autoría de la publicación o sobre su veracidad, lo que sí puede acreditarse con una pericial informática<sup>29</sup>.

El WhatsApp es un medio de comunicación manipulable y es difícil detectar la manipulación. En algunos casos, infringir estos deberes de veracidad nos lleva al plano del reproche penal<sup>30</sup>. Los especialistas insisten en que es necesario que, en el acta notarial, el requirente declare expresamente que no se ha manipulado el contenido de la conversación. Y es necesario también advertir al requirente que la responsabilidad que asume es notablemente superior en el caso del acta notarial, por ser documento público<sup>31</sup>.

#### 5.4. Prueba pericial

Siguiendo con la manipulación posible de esta prueba digital, y justamente como garantía de autenticidad y no manipulación del mensaje o mensajes de WhatsApp, puede presentarse una prueba pericial informática<sup>32</sup>.

El informe pericial informático es la forma de garantizar la originalidad, autenticidad e integridad de la prueba digital.

El trabajo del perito informático consistirá en el desarrollo de procedimientos encaminados a “preservar” las evidencias digitales que se quiera aportar en juicio. Esta preservación se obtiene realizando copias forenses “exactas” de la información digital almacenada (clonado) dando lugar a un código alfanumérico de dicha información (código hash). La copia se realiza por duplicado, depositando una de las copias ante notario, y quedando la segunda copia en poder del perito para su posterior análisis

<sup>29</sup> A. LACALLE MULS, *op. cit.*, p. 249.

<sup>30</sup> Si se falta a la verdad en la narración de los hechos y ello lo hace una autoridad o funcionario. También es digno de reproche penal suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuir a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho (art. 390 del Código Penal).

<sup>31</sup> F. GOMÁ LANZÓN, *op. cit.*, p. 149.

<sup>32</sup> De hecho, esta prueba es útil en casos como aquellos en los que exista un gran volumen de datos e información a analizar (como puede ser el disco duro de un ordenador), o bien cuando la prueba electrónica es la principal o la única disponible, y existen dudas de manipulación, como pueden ser los mensajes de aplicaciones móviles, precisamente.



técnico<sup>33</sup>.

En la investigación pericial se distinguen tres fases<sup>34</sup>: la primera es el análisis preliminar, para la identificación de la prueba electrónica que se desea obtener (y aquí el perito deberá estar implicado desde el primer momento en la selección de la información a identificar); la segunda es la adquisición de los datos electrónicos, conservando como es lógico las copias y la constatación de las técnicas empleadas para garantizar la integridad de la información, siendo recomendable que intervengan testigos o incluso el notario y se deposite en soporte adecuado en una notaría, mediante un acta de manifestaciones del perito en la que se detalle el proceso de obtención de la información; por último, la fase del análisis forense de la información digital, a cuyo efecto es conveniente que el perito tenga un mínimo conocimiento de la normativa legal, unido a los conocimientos técnicos.

Se dice que la prueba pericial es la más segura y garantista, a diferencia de la mera aportación del pantallazo de WhatsApp, o el acta notarial. Pero, además, no lo olvidemos, tiene la ventaja de ser una prueba revisable en su publicación (art.193.b LRJS)<sup>35</sup>.

## 5.5. Conclusiones

Se han descrito las cuatro formas de aportación al proceso de una conversación de WhatsApp de la más sencilla a la más compleja, por este orden: impresión del pantallazo, diligencia del Letrado de la Administración de Justicia, Acta notarial, dictamen pericial. Se ha dicho que las últimas añaden además ciertos mecanismos para asegurar que el mensaje no ha sido manipulado, lo que el notario no puede asegurar por sí solo.

Existen otras eventuales actividades que son complementarias (la testifical o el interrogatorio que confirma la autenticidad e integridad de la prueba de WhatsApp, o incluso el reconocimiento judicial del teléfono móvil). Algunos autores las mencionan también como formas de aportación<sup>36</sup>,

<sup>33</sup> Explicaciones técnicas de R. ROJAS, *op. cit.*

<sup>34</sup> Véase al respecto de estas tres fases X. ABEL LLUCH, *op. cit.*, p. 248.

<sup>35</sup> A. LACALLE MULS, *op. cit.*, pp. 251 ss.

<sup>36</sup> Cabe la prueba del reconocimiento judicial (art. 353 LEC), a fin de que el juez examine por sí mismo el contenido del propio dispositivo electrónico aportado, accediendo a su contenido a través de un medio técnico apropiado o al contenido de Internet, lo que puede acordarse conjuntamente o no con otro medio probatorio. Empero, dado que la prueba digital es volátil y fácilmente manipulable, el reconocimiento judicial es

pero pueden ser consideradas también como medios de prueba independientes.

En todo caso, hay que ser precavidos. Se optará en la medida de lo posible por aportar el “pantallazo”, pero con “algo más”, pues así parecen exigirlo los tribunales de lo laboral.

La reflexión sin embargo es que, si uno analiza la forma con que se aportan otros medios de prueba, tradicionales, no se extreman tanto las medidas, y los tribunales suelen ser menos exigentes. La fácil manipulación de estos sistemas de comunicación no significa que por ello debamos inadmitirlos, o que por ello se desplieguen esfuerzos desproporcionados en su incorporación al proceso. Sobre ello volveremos en la parte final de este trabajo.

## **6. Impugnación de la prueba de WhatsApp y carga de la prueba de la autenticidad, integridad y exactitud**

### **6.1. Clases de impugnación**

Las anteriores reflexiones nos llevan al análisis de la impugnación del medio de prueba. La doctrina procesal más autorizada recuerda, al hablar de prueba digital, que la impugnación de documentos puede versar sobre los siguientes aspectos (y ello se aplica sin duda a la impugnación de conversaciones de WhatsApp)<sup>37</sup>:

- a. impugnación de la autenticidad, que consiste en poner en duda la concordancia del autor aparente con el real. El impugnante sostiene aquí la suplantación del titular de la línea en que el mensaje o conversación ha sido enviado; afirma que el mensaje ha sido enviado desde un dispositivo electrónico, pero no por su titular o propietario, sino por otra persona distinta. En estos casos, la doctrina propone que ante tal impugnación, el titular del dispositivo electrónico acredite su titularidad y la emisión del mensaje o conversación;
- b. impugnación de la exactitud, esto es, la concordancia de la copia, testimonio o certificación con el original. El impugnante alega que se

improbable. Se tiende más a preconstituir la prueba desde el momento en que se tenga conocimiento, o incluso se practicará la prueba anticipada. *Vid.* M. FONS CARBONELL, *op. cit.*, p. 289.

<sup>37</sup> Véase el estudio pormenorizado sobre las posibles impugnaciones de las distintas clases de prueba electrónica en X. ABEL LLUCH, *op. cit.*, pp. 228 ss. El autor previamente expone que los mensajes de WhatsApp pueden ser considerados como prueba documental, y de esa consideración parte su trabajo.

ha procedido a una transcripción parcial, seleccionando las palabras o expresiones que le interesan y soslayando las que le perjudican. Procede en este caso, sugiere la doctrina, requerir a la parte proponente para que aporte la totalidad del mensaje o conversación y que se procediera a su transcripción escrita bajo la fe pública del Letrado de la Administración de Justicia;

- c. impugnación de la integridad del mensaje o conversación. Se está diciendo que el mensaje ha sido manipulado, mediante la mutilación, sustitución o añadido de palabras o expresiones. En tal supuesto la doctrina sugiere una prueba pericial informática sobre el dispositivo electrónico de la parte proponente de la prueba y, si fuera posible, sobre el dispositivo de la otra parte interviniente en el proceso de comunicación;
- d. impugnación de la certeza, esto es, la concordancia de las declaraciones o testimonios contenidos en el documento con la realidad. Cada parte efectuará su valoración de la eficacia probatoria del WhatsApp y este tipo de valoraciones se harán, por parte del Juez, en el momento de la valoración de la prueba, en sentencia, contrastando los resultados probatorios de esta prueba con el resto de pruebas<sup>38</sup>.

Todo ello, entendemos, es aplicable a los WhatsApp. Una cosa es poner en duda la autoría, y otra muy distinta discutir la veracidad del contenido de las declaraciones con la realidad, lo que debe valorarse conjuntamente con el resto de medios de prueba.

Hace algunos párrafos referíamos que en ocasiones el mensaje o conversación de WhatsApp se aportará, no como simple impresión, sino con una acta notarial o diligencia de constancia del letrado de la Administración de Justicia que realice la transcripción. Se trata, pues, no de documentos privados sino de documentos públicos, de los que si se

<sup>38</sup> La doctrina cita en esta temática la STS 25 noviembre 2002, n. 1109, que distingue en el FJ Quinto entre, de un lado, la autenticidad de un documento, referida a la concordancia del autor aparente con el autor real, y de otro la eficacia probatoria, siendo que la declaración de inautenticidad priva al documento de aptitud para probar. La eficacia probatoria, en cambio, «se refiere al valor que cabe atribuir al contenido de un documento». El Supremo recuerda que en un sistema de libre apreciación probatoria el juzgador puede formar su convicción con base en pruebas distintas de los documentos, o en la valoración conjunta con estos. Y añade que el Juez sólo queda vinculado «en aquellos extremos en que el contenido documental constituye prueba legal o tasada, la cual se circunscribe (arts. 1.218 y 1.225) al hecho y fecha del documento y a haberse efectuado las declaraciones que constan en el mismo, pero no la realidad o veracidad intrínseca del contenido de estas declaraciones, cuya presunción de verosimilitud entre las partes se puede entender desvirtuada por otros medios de prueba (SS. 21 noviembre 2.000 y 19 abril 2.002, entre otras)».

alega su falsificación, se solicitará su cotejo con el original (matriz notarial si se trata de una escritura pública) o la ratificación del funcionario del Juzgado que intervino el documento, según lo previsto en el art. 320 LEC. De hecho, el actual art. 320 LEC prevé la posibilidad de impugnar las copias, certificaciones o testimonios de documentos públicos presentados electrónicamente. Se establece que, mientras que el documento público esté ya en soporte electrónico, el cotejo se realizará en la oficina judicial.

## **6.2. La carga de la prueba de la autenticidad, exactitud e integridad la tiene el proponente**

Una cuestión relevante en esta temática de la impugnación de los medios de prueba, y concretamente del WhatsApp como medio de prueba, es la relativa a si el proponente tiene la carga de probar la autenticidad, exactitud e integridad del mismo o, al contrario, corresponde al impugnante.

Se ha dicho ya cuál es la propuesta doctrinal: se sugiere que, si se impugna la autenticidad del mensaje WhatsApp, la parte proponente debe acreditar la titularidad de la cuenta del dispositivo; si se impugna la exactitud del mensaje, la parte proponente debe aportar el mensaje completo y debe procederse a una transcripción por el Letrado de la Administración de justicia; si se impugna la integridad del mensaje, se sugiere la aportación de una pericial informática sobre el dispositivo de la parte proponente y si se puede sobre el dispositivo del otro interviniente en la conversación.

Es decir, se desplaza, en casos de impugnación, la carga de acreditar la autenticidad, integridad y exactitud del mensaje al proponente de la prueba, que pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Cuanto menos, si han sido aportadas mediante archivos de impresión, parece indispensable una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido<sup>39</sup>.

Pero en el resto de casos, los arts. 320 y 326 exigen al proponente llevar a cabo sus actuaciones para acreditar la autenticidad del documento aportado (cotejo pericial de letras si es documento privado, comparación con el original en el protocolo donde se encuentre, si es documento público).

Debe de advertirse en este momento que la pericial que se propone para acreditar la autenticidad del documento es la misma (o similar) a la pericial

<sup>39</sup> X. ABEL LLUCH, *op. cit.*, pp. 242 ss.

que se aportaría de inicio en caso de querer introducir la prueba de este modo.

### 6.3. Si no hay impugnación, el documento tiene fuerza probatoria

Todo lo anterior, si el WhatsApp que quiere proponerse como prueba es impugnado. Si no lo es, debemos presumir su autenticidad y por tanto tiene fuerza probatoria.

En caso de considerar como documento a la prueba de WhatsApp, el reconocimiento expreso atribuye valor de plena prueba en el proceso, tanto del contenido como de la fecha e identidades que constasen en el documento no impugnado. De hecho, los mensajes de WhatsApp, conforme al art. 3 de la ley n. 59/2003 de firma electrónica, tienen el valor de documentos privados, y si no se impugnan, tienen fuerza probatoria apreciable por los tribunales.

Pero el valor probatorio dependerá, en todo caso, de la calificación que demos a ese tipo de prueba, a su naturaleza como documento o como medio de reproducción. En efecto, hay quien lo considera medio de reproducción con base al art. 90.1 LRJS. El precepto exige que se aporte la prueba electrónica por medio de soporte adecuado, esto es, que se pongan a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos. Por un lado, la prueba electrónica es el fichero en el que se contiene la información, la prueba inmaterial que debe aportarse por medio de soporte adecuado; mientras que el soporte que queda unido al procedimiento será siempre una copia del fichero. El valor probatorio que se puede reconocer a la prueba electrónica «depende de la autenticidad e inalterabilidad de la información que se contenga en el fichero electrónico y no del soporte en que se aporte al procedimiento»<sup>40</sup>.

Pero si se lo considera documento, el art. 326 LEC dispone que los documentos privados harán prueba plena en el proceso (en los términos del art. 319, que regula el valor probatorio de los documentos públicos) cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien

<sup>40</sup> A.C. SALAS VELASCO, *op. cit.*, p. 221. Se desarrolla esta idea afirmando que una parte puede proponer el acceso a la fuente de prueba electrónica, por ejemplo, el contenido de página web, o el perfil personal publicado en una red social (o en nuestro caso, sería una copia del mensaje o conversación de WhatsApp), pero será necesario, sigue la autora, que se aporte al procedimiento mediante un medio probatorio que permita dejar constancia de la práctica de la prueba y del resultado de la misma en el procedimiento (art. 383 LEC).

perjudiquen. Pero si se considera un medio de reproducción de palabras, deberá valorarse según las reglas de la sana crítica (arts. 382 y 384 LEC). En cuanto al acta Notarial y a la diligencia del Letrado de la Administración de Justicia, si se optara por aportar el WhatsApp de este modo al proceso laboral, deberá aplicarse el art. 319 LEC, que dispone: «los documentos públicos [...] harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella». Todo ello, teniendo en cuenta el riesgo de manipulación del WhatsApp, que ni la intervención del fedatario público logra eliminar.

## 7. El WhatsApp como medio de prueba debe contextualizarse

Hasta aquí, se han expuesto las distintas concepciones acerca del WhatsApp como medio de prueba. Algunas de ellas apuestan por considerarlo documento; otras, medio de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido, lo que significa permitir o no la revisión en apelación de la valoración hecha en primera instancia.

Se han identificado las distintas formas de aportación de esta prueba al proceso, desde las más simples a las que evitan en la medida de lo posible las dudas sobre la posible manipulación del WhatsApp.

También se comentó cómo debe actuarse en casos de impugnación de la prueba de WhatsApp, según de qué tipo de impugnación se trate.

En las respuestas a esos interrogantes, a nuestro modo de ver, deben tenerse en cuenta, entre otras, las siguientes cuestiones que ayudan a contextualizar cualquier argumento, y que han sido tratadas en parte con anterioridad:

1. ya se dijo que las conclusiones que se alcancen respecto de la naturaleza, forma de aportación como medio de prueba, impugnación y valor probatorio de una conversación de WhatsApp en el proceso laboral deberán operar tanto si pretenden ser aportados por el trabajador como si pretenden ser aportados por el empresario, en acreditación de hechos que benefician al trabajador, o en acreditación de hechos que benefician la tesis del empresario;
2. también se dijo que habrá que echar mano de las distintas tesis procesalistas sobre el concepto de documento, y defender, de entre esas concepciones, la que mejor sirva a la interpretación que quiera hacerse de la norma y al objetivo que se quiera alcanzar en cada caso. A la postre, hablamos de un problema procesal;

3. podrán tomarse como punto de partida algunos argumentos y conclusiones que la doctrina y la jurisprudencia ya alcanzaron respecto de otros tipos de prueba digital, por ejemplo, las redes sociales, que guardan similitudes con el WhatsApp<sup>41</sup>. También los argumentos que se usaron en relación a los emails como prueba en el proceso laboral. Pero no debe perderse de vista que la mensajería instantánea tiene sus características técnicas específicas, puesto que los contenidos que comparten de forma rápida instantánea no quedan almacenados en un servidor externo<sup>42</sup>. Lo anterior tiene necesariamente incidencia en los casos de impugnación de la prueba, pero también en la forma de aportación, si se opta por la pericial, que debe tener en cuenta esas limitaciones.

#### **8. A la prueba del WhatsApp (en general, a la prueba electrónica) se exige más que a la prueba tradicional**

La jurisprudencia laboral se ha manifestado ya sobre que el simple pantallazo del WhatsApp no basta. En ocasiones se requiere de una diligencia notarial o de una prueba pericial, a lo que dedicábamos algunas líneas atrás. Puede incluso que se exija cotejar los resultados que arroja la prueba de WhatsApp con los resultados obtenidos de practicar otras pruebas.

Se despliega pues una prueba de la parte proponente para acreditar la autenticidad, integridad y exactitud del mensaje o conversación. El WhatsApp acredita los hechos (mejor dicho, las afirmaciones sobre los hechos) en los que se fundamenta la petición de una de las partes y esa

<sup>41</sup> Hay quien recuerda que el deslinde entre la mensajería instantánea y las redes sociales es cada vez menor, que muchas redes sociales disponen de un apartado de mensajería instantánea. Ambos medios tecnológicos comparten las mismas problemáticas jurídicas y ello permite dar a las nuevas tecnologías un tratamiento conjunto en el ámbito procesal. *Vid.* A. LACALLE MULS, *op. cit.*, pp. 250-251.

<sup>42</sup> El hecho de que el contenido no quede almacenado en el servidor del administrador impide que la autoridad judicial pueda solicitar a la empresa prestadora del servicio que certifique el contenido de mensajes enviados o recibidos, teniendo que acudir a los dispositivos electrónicos usados para su conversación. Otra cosa, sigue la autora, son los datos de tráfico generados durante la conservación de WhatsApp (origen y destino, ruta, hora, tamaño y duración de la comunicación). *Vid.* T. ARMENTA DEU, *op. cit.*, pp. 73 y 74. Por ello, en el ámbito de la jurisdicción penal, la intervención de las comunicaciones que no se efectúe en tiempo real no tendrá cabida fuera de la intervención del propio dispositivo móvil. *Vid.* J. DELGADO MARTÍN, *La prueba del WhatsApp*, en *Diario La Ley*, 2015, n. 8605.

prueba “añadida” sirve para acreditar la autenticidad, integridad y exactitud de la prueba de WhatsApp.

En cambio, cuando se aporta un documento, todo ello no se entiende necesario. Cuando se aporta un documento privado a cualquier proceso, laboral o no, ninguna de las partes se cuida de acreditar a su vez la veracidad de las firmas estampadas, o de acreditar la ausencia de manipulación del contenido del documento. Si hubiere impugnación, ya se resolverían esas cuestiones por medio de las formas de adveración que existen en cada caso. Y lo mismo con los documentos públicos, que una vez impugnados, deberán adverarse con los requisitos de la LEC, que opera como supletoria.

Todo ello nos lleva a la pregunta: ¿Por qué debe de acreditar el proponente la veracidad, autenticidad, integridad, respecto de las conversaciones de WhatsApp, de entrada? ¿Por qué deben aportarse de una determinada forma, con intervención del notario y/o del perito?

El argumento suele ser que son fácilmente manipulables, pero ello es propio de toda prueba electrónica, no sólo de los WhatsApp. Lo mismo que su carácter intangible y su volatilidad<sup>43</sup>.

Pero la posible manipulación está presente en cada uno de los medios de prueba, también los tradicionales. No por ello debemos inadmitirlos, y no por ello se despliegan esfuerzos desproporcionados en su incorporación al proceso. La volatilidad es una característica que pueden tener algunos medios de prueba en soporte no digital, y que puede salvarse con un acta notarial o con una prueba anticipada, llegado el caso.

En defensa de nuestras tesis, puede citarse la antes mencionada STSJ Cataluña n. 2139/2018, que, respondiendo al argumento de la fácil manipulación del WhatsApp, sostiene: «Es cierto que un WhatsApp puede ser manipulado, como puede serlo todo documento que se aporte en el proceso, pero también pueden ser manipulados los testigos e incluso los peritos, y no por ello se sustraen al conocimiento del órgano judicial, que deberá valorar, insistimos, conforme a las reglas de la sana crítica la totalidad del acervo probatorio obrante en autos». Y, de hecho, sigue la sentencia, el no reconocimiento del WhatsApp exige sólo el cotejo con el original, y no la acreditación de la veracidad o validez a través de otro medio probatorio (por ejemplo, una pericial).

Si uno observa las similitudes y diferencias entre el documento electrónico

<sup>43</sup> La prueba digital es intangible, al encontrarse en formato electrónico, lo que supone la dificultad de distinguir los originales de las copias. Será fundamental acreditar que la prueba aportada al proceso es la original. Otra característica es su volatilidad, pues son pruebas que pueden ser modificadas, lo que facilita que sean fácilmente destruibles sus soportes. *Vid.* M. DE PRADA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 345.



y el que no lo es (y el WhatsApp puede considerarse, aunque hay quien lo discute, documento electrónico), ninguna de las características del documento electrónico justifica las medidas precautorias “extras” que se exigen al WhatsApp cuando pretende ser aportado en juicio.

La doctrina sistematiza esas diferencias y las similitudes<sup>44</sup>. En cuanto a las diferencias:

1. el documento electrónico tiene un código mediato, no es directamente legible, sino que se requiere un instrumento técnico para acceder a su contenido;
2. la autenticidad e identidad del suscriptor de un documento electrónico es la firma electrónica y no la manuscrita;
3. el contenido del documento electrónico pueden ser palabras e imágenes, pero también sonidos;
4. el documento electrónico es una realidad intangible, perceptible por los sentidos solo si es traducido a través de un medio técnico;
5. se desdibuja la distinción entre original y copia;
6. puede ser reutilizado sin especiales operaciones de reciclado.

Pero son similares en muchas cuestiones, que determinan las mismas soluciones en la regulación legal:

1. ambos, el documento electrónico y el que no lo es, son soportes adecuados para representar la voluntad;
2. es necesario constatar su autenticidad, en caso de impugnación, a través del cotejo de letras en el documento público (art. 320 LEC), a través del cotejo pericial de letras en el documento privado (art. 326 LEC) y a través de la pericial informática en el documento electrónico;
3. tienen especial contundencia probatoria, hasta el punto de que puede gozar de eficacia de prueba tasada (arts. 319 y 326.1 LEC) y su régimen de aportación está sometido a estrictas reglas de aportación;
4. movilidad de un lugar a otro, pues el documento en soporte papel y en soporte electrónico (CD, DVD, disquete, USB, etc.) son fácilmente transportables de un lugar a otro;
5. se aplican las normas sobre exhibición documental, pues ambos documentos se someten a las normas de exhibición entre partes (arts. 328 y 329 LEC), frente a terceros (art. 330 LEC) y el deber de exhibición de las entidades oficiales (art. 332 LEC);
6. ambos documentos son falsificables en el estado actual de la técnica.

A poco que uno se pare a pensar en ello, no hay motivos serios para dudar de la prueba de WhatsApp. El documento tradicional no ofrece más garantías de autenticidad que el WhatsApp. El WhatsApp puede ser una

<sup>44</sup> Véase la comparativa en X. ABELLUCH, *op. cit.*, pp. 224 y 225.

testifical documentada, como argumentan algunas resoluciones, pero también algunos documentos (una carta, un burofax) son declaraciones documentadas y no por ello se les niega valor probatorio.

Si existen dudas, se resuelven del mismo modo como se resuelve respecto de otro medio de prueba, con las reglas del juego que rigen en los casos de impugnación. En realidad, no son tantas las diferencias entre un documento electrónico y uno que no lo es. Las similitudes, sin embargo, sí permiten sostener una suerte de régimen común.

Hay que recordar en este punto que, una vez admitida la prueba del WhatsApp, habrá que valorarla. El órgano judicial, al dictar sentencia, contrastará los resultados probatorios de esta prueba con el resto de pruebas, y alcanzará sus conclusiones en relación a la eficacia probatoria. Como cualquier otro documento.

### **9. Las dudas interpretativas deben resolverse con base al derecho de defensa que incluye el derecho a la prueba. ¿También con el derecho al recurso?**

Movido por el miedo a la volatilidad del WhatsApp y su fácil manipulación, el análisis doctrinal y jurisprudencial suele:

1. negar el carácter de documento a la prueba de WhatsApp, con sus limitaciones revisoras en segunda instancia;
2. exigir algo más que un simple pantallazo de la conversación (muchas veces se hace indispensable un acta notarial y una prueba pericial, o comparar sus resultados con lo ocurrido en otros medios de prueba);
3. desplazar sobre la parte proponente la carga de acreditar la autenticidad, exactitud e integridad de la conversación que se aporta como prueba, según hemos visto.

En todo caso, no debería perderse de vista que el respeto del derecho de defensa supone ser flexible con la aportación de pruebas al proceso. El art. 24.2 CE prevé el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y además se hace referencia a “todos” los medios de prueba. Los tipificados y los que no lo están. Ello quiere decir que las partes podrán llevar a cabo una actividad probatoria que sirva para defender sus intereses, siempre que esté relacionada con el *thema decidendi* (STC 15 de junio 2002, n. 147, y STC 10 de abril 2000, n. 96, entre otras muchas). Insistimos, independientemente de que la norma regule el medio de prueba en concreto. Independientemente de cómo se aporte, el caso es que la parte pueda utilizar todos los medios de defensa.

Hace muchos años se ponía en duda la aportación de los mensajes de

WhatsApp como prueba en juicio laboral. Hoy se admite esa aportación y se trata de pruebas que pueden fundamentar la sentencia laboral que se dicte. Nadie lo duda. Cómo se aporten al proceso no debería ser lo importante.

Quizás esa misma interpretación flexible, basada en el derecho de defensa que incluye el derecho a probar, pueda servir hoy para aceptar la consideración como documento del WhatsApp o un relajamiento de los requisitos en su aportación. Si además está en juego el derecho al recurso, hay motivos (al menos dos elevados a rango de derecho constitucional) para apostar por unas soluciones y no por otras.

O tal vez no, pues el derecho al recurso es un derecho de configuración legal. La Constitución no garantiza el derecho a la segunda instancia y sólo existe en el ámbito penal por la firma de Tratados internacionales que así lo recogen<sup>45</sup>.

Podemos llegar a aceptar que, si sólo tienen facultades revisoras de los hechos probados en segunda instancia determinados medios de prueba, ello es el criterio escogido por el legislador. Puede que el WhatsApp no sea uno de estos medios que permiten la revisión en suplicación.

Se respetaría la valoración hecha por el Juzgado de lo Social en primera instancia de la prueba de WhatsApp, como hemos visto que defienden algunas resoluciones (la que sea, y la valoración según las reglas de la sana crítica posiblemente sea la regla que permite decisiones ajustadas al caso concreto), pero no se admitiría la revisión de la valoración de esta prueba, sin que ello atente a derechos constitucionales. Una cosa es admitir el medio de prueba y su eficacia probatoria, al mismo nivel que la prueba tradicional, y otra permitir el acceso a la instancia superior.

## 10. Bibliografía

ABEL LLUCH X., *La impugnación de la prueba electrónica*, en *Justicia*, 2019, n. 1

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL J., *Las nuevas tecnologías aplicadas a la prueba*, en J. PICÓ I JUNOY (dir.), *La prueba civil: aspectos problemáticos*, Aranzadi, 2017

ARMENTA DEU T., *Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre*, en *Revista d'Internet, Dret i Política*, 2018, n. 27

<sup>45</sup> La Constitución no garantiza una doble instancia, salvo en el orden jurisdiccional penal, por lo que no se vulnera por el legislador derecho alguno cuando no hay un recurso previsto para una materia concreta del orden social (entre otras muchas, STC 23 septiembre 1987, n. 43, o STC 31 enero 1991, n. 20).

COLÀS-NEILA E., YÉLAMOS BAYARRI E., *Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad*, en J. DE QUINTANA PELLICER, M. MIRÓN HERNÁNDEZ, F. PÉREZ DURÁN (dirs.), *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves tecnologies i relacions laborals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Consejo General del Poder Judicial, Associació Catalana de Iuslaboralistas, 2018

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Asuntos Judiciales Sociales 2018*, 2018

DE PRADA RODRÍGUEZ M., *La prueba digital. Una realidad en el proceso civil*, en M. JIMENO BULNES, J. PÉREZ GIL (coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal. Libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraza Penalva*, JMB, 2016

DELGADO MARTÍN J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, La Ley, 2018

DELGADO MARTÍN J., *La prueba del WhatsApp*, en *Diario La Ley*, 2015, n. 8605

FONS CARBONELL M., *Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral*, en J. DE QUINTANA PELLICER, M. MIRÓN HERNÁNDEZ, F. PÉREZ DURÁN (dirs.), *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves tecnologies i relacions laborals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Consejo General del Poder Judicial, Associació Catalana de Iuslaboralistas, 2018

GOMÁ LANZÓN F., *Actas notariales de internet, intranet, redes sociales y mensajería instantánea. Interés legítimo, casos y límites. La herencia digital*, en AA.VV., *Anales de la Academia Sevillana del Notariado. Tomo XXIX: Conferencias del curso académico 2017/2018*, Academia Sevillana del Notariado, 2018

LACALLE MULS A., *El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral*, en *IUSLabor*, 2018, n. 1

MORALES VÁLLEZ C., *La validez probatoria del whatsapp y su incorporación al procedimiento*, en [www.sepin.es](http://www.sepin.es), junio 2016

MUNIN SÁNCHEZ L.M., *Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba*, en L. MELLA MÉNDEZ, P. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS (dirs.), *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado (Alemania, Reino Unido, Polonia, Portugal y Argentina)*, Dykinson, 2017

MUÑOZ SABATÉ L., *Introducción a la probática*, JMB, 2007

ROJAS R., *La prueba digital en el ámbito laboral. ¿Son válidos los "pantallazos"?*, en *Laboral 3.0*, 11 abril 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 J. DE QUINTANA PELLICER, M. MIRÓN HERNÁNDEZ, F. PÉREZ DURÁN (dirs.), *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves tecnologies i relacions laborals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Consejo General del Poder Judicial, Associació Catalana de Iuslaboralistas, 2018

SANFULGENCIO J.A., *¿Son los emails prueba documental en un juicio laboral? A propósito de la STSJ Cantabria de 30 de enero de 2019*, en *Andersen Tax & Legal*, 6 septiembre 2019

SEMPERE SAMANIEGO J., *Usos y régimen jurídico aplicable a los drones*, en *Diario La Ley*, 2014, n. 8343

SIERRA VILLAÉCIJA A., *¿WhatsApp es un medio de prueba válido en el proceso laboral?*, en <https://blog.sepin.es/>, 23 octubre 2019

# Red Internacional de ADAPT



**ADAPT** es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternacional.it](mailto:redaccion@adaptinternacional.it)



**ADAPT**Internacional.it

*Construyendo juntos el futuro del trabajo*