

Título: La autenticidad de los medios de prueba electrónica en el proceso laboral. Especial referencia a la obtención de prueba válida de la información reflejada en Facebook o WhatsApp

Autora: Alejandra Selma Penalva. Profesora Titular de Universidad. Universidad de Murcia.

Sumario:

I. Consideraciones iniciales: la evolución actual de las formas de comunicación social. II. Problemas prácticos más frecuentes en el ámbito de la relación laboral. 1. Incumplimientos laborales reflejados en Facebook. 2. Despidos comunicados únicamente a través de WhatsApp. III. La fiabilidad de la información reflejada en soportes digitales. IV. La solución ofrecida por jueces y tribunales en el orden social. V. Conclusiones

I. Consideraciones iniciales: la evolución actual de las formas de comunicación social

No se puede negar que uno de los principales rasgos que caracteriza al siglo XXI es el gran cambio que las nuevas tecnologías desencadenan en las relaciones personales. Internet permite infinitas posibilidades de comunicación no presencial que sin duda han transformado el perfil clásico de la vida social. En los últimos tiempos, no sólo el correo electrónico ha desbancado prácticamente cualquier otra forma de comunicación epistolar, sino que surge otra forma de relación personal, desconocida hasta hace no muchos años, esta vez indirecta y dirigida a un grupo amplio de destinatarios, materializada en forma de las redes sociales. Personas de toda edad crean y actualizan sus propios blogs o configuran perfiles de Facebook, Twitter, WhatsApp, Messenger o Instagram dispuestos a compartir todo tipo de acontecimientos de su día a día y también reflexiones, opiniones o consideraciones personales de distinta índole con un entorno más o menos amplio de amigos, familiares, amigos de amigos, conocidos, o simples compañeros de trabajo. Puede decirse incluso que este tipo de perfiles virtuales dan lugar a una nueva modalidad de diario personal, en el que muchos deciden reflejar prácticamente todos los acontecimientos de su vida, aunque esta vez en formato digital y expuesto a otros usuarios¹.

Plataformas virtuales como Facebook o WhatsApp generan así una forma de comunicación virtual, permitiendo a los usuarios compartir simultáneamente su información personal con un grupo amplio de personas y mantener un contacto prácticamente constante con allegados que residen en lugares lejanos o con los que, a lo largo de los años, se había espaciado el contacto, hasta tal punto de que, muchas veces, desplaza los encuentros personales². Tan generalizada es su utilización que en ciertos casos, incluso son las propias empresas las que utilizan esta vía de comunicación para

¹ La STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) Sentencia nº. 371/2011 de 25 mayo, expresamente reconoce que “Facebook constituye actualmente una red social abierta a cualquier persona con cuenta de correo electrónico de amplia repercusión en el mundo internauta”.

² CHRISTAKIS, N.A. y FOWLER, J.H., “*Conectados: el sorprendente poder de las redes sociales y cómo nos afectan*”, Taurus, Madrid, 2010.

realizar gran parte de sus gestiones, con clientes y trabajadores³. Y es que aunque el convenio colectivo aplicable en la empresa no haga mención expresa a la posibilidad de utilizar WhatsApp en las comunicaciones profesionales, ésta suele ser una práctica que se está implantando “de hecho” en la mayor parte de las empresas (tanto desde una perspectiva horizontal como vertical), dando lugar a sí a una nueva costumbre en el ámbito de las comunicaciones laborales y profesionales⁴ y erigiéndose incluso como una nueva vía para trasladar las instrucciones necesarias para la correcta organización del trabajo por parte de los superiores jerárquicos.

II. Problemas prácticos más frecuentes en el ámbito de la relación laboral

Dada la aplicación generalizada de los medios informáticos a todos los ámbitos de la vida, también en campo laboral, en los últimos años han surgido nuevos conflictos, totalmente inimaginables hasta hace no demasiado tiempo⁵. Por su frecuencia social, el presente trabajo se centra en analizar dos tipos de problemas:

1º. La posibilidad de aplicar una sanción disciplinaria contra el trabajador que, a través de una red social (normalmente Facebook) ha difundido imágenes que demuestran un grave incumplimiento de sus obligaciones laborales⁶.

2º. Los medios de los que dispone el trabajador para demostrar que ha sido objeto de un despido y que éste se le ha comunicado exclusivamente a través de WhatsApp. Por su importancia, cada uno de ellos merece una explicación individualizada.

1. Incumplimientos laborales reflejados en Facebook

³ De hecho, muchas empresas empiezan a incorporar una nueva categoría profesional denominada “gestor de redes sociales” debido a la gran importancia que se confiere a esta forma de comunicación como estrategia de marketing, pues no se puede negar que se trata ésta una vía óptima para transmitir la imagen de la empresa a potenciales clientes. Sobre el nuevo papel que las redes sociales desempeñan en los entornos laborales, véase NORES TORRES, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales”, *Revista de Información Laboral*, nº. 7/2016 (BIB 2016/4160), pág. 11 del soporte informático. Por su parte, como reconoce la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª), nº. 371/2011 de 25 mayo, respecto a una línea aérea de bajo coste, las redes sociales se convierten en una forma de comunicación válida en el entorno empresarial para transmitir cierta información a la plantilla de trabajadores de la empresa tales como publicidad, avisos, circulares y otros trámites necesarios para el funcionamiento de la compañía. También se puede utilizar esta plataforma virtual para hacer llegar las sugerencias, quejas o propuestas que los propios trabajadores, o los clientes o usuarios de la empresa le quieran hacer llegar a la dirección con el fin de mejorar la calidad del servicio (como ocurre en el caso analizado por la STSJ de Asturias, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia nº. 631/2014 de 14 marzo).

⁴ Sirva como ejemplo el caso que analiza la STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 10 noviembre 2016 (JUR\2016\263179) en la que se considera suficientemente acreditado el incumplimiento laboral cometido por una trabajadora que se comunicaba con clientes de la empresa desde su móvil personal (y no el de la empresa) para coger citas profesionales, fuera de su horario de trabajo, motivo por el cuál, tenía en la agenda de su teléfono personal los números de clientes.

⁵ AAVV (coords. RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.), “*Derecho y redes sociales*”, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013.

⁶ En la gran mayoría de los casos sobre los que hasta el momento se han tenido que pronunciar nuestros jueces y tribunales, la fuente del conflicto la plantea la utilización de una misma red social: Facebook, aunque hay que tener en cuenta que problemas laborales de esta índole se pueden suscitar a raíz de la utilización de cualquier otra plataforma virtual de comunicación social.

No se puede negar que en el ámbito laboral, uno de los problemas más habituales que suscita la utilización de las redes sociales sigue siendo el relacionado con los límites de la tolerancia respecto a la utilización para fines personales del material informático suministrado por la empresa como herramientas de trabajo⁷, situación que, como es sabido, obliga a determinar cuándo concurren las “expectativas razonables de intimidad”⁸ en las que hoy se sustenta la buena fe contractual. Pero junto a este tipo de problemas, hoy en día ya resueltos gracias a una postura jurisprudencial sólida al respecto⁹, surgen otro tipo de controversias, también relacionadas con una posible

⁷ Material que puede ser, por ejemplo, un ordenador, una cuenta de correo electrónico, un teléfono móvil, que incluso, puede tener instalado un WhatsApp que el trabajador utilice también, llegado el momento, para fines personales. Así, se ha puesto de manifiesto que “si el uso del teléfono móvil es mixto (profesional en ocasiones y personal en otras), sin «advertencias de control» se crea una «expectativa de confidencialidad» que debe ser protegida por lo que el control empresarial solo podrá desarrollarse conforme a los principios generales”. Cfr. CUADROS GARRIDO, M.E., “EL uso del WhatsApp en las relaciones laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº.171/2014, pág. 10 del soporte informático.

⁸ Menos discutido resulta en cambio el hecho de que no se produce vulneración del derecho a la intimidad del trabajador en los casos en los que la empresa decida realizar un control de la correcta y diligente utilización de los medios informáticos puestos a disposición de sus empleados, cuando existe una prohibición absoluta y tajante, expresamente advertida en el régimen disciplinario vigente en la empresa de su utilización, bajo ningún concepto, para fines personales. Como reconoce la STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 2ª) nº. 2083/2013, de 14 noviembre, en este tipo de casos, la prueba del incumplimiento se considerará obtenida lícitamente y por lo tanto, será válida para justificar un despido disciplinario. La misma situación se plantea en la STSJ de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª), nº. 2144/2013 de 15 noviembre en la que se confirma la procedencia del despido disciplinario de un trabajador cuando, pese a la radical prohibición de utilizar Internet para fines personales en tiempo de trabajo, se considera suficientemente probado que ha utilizado la clave wifi de la empresa para navegar por determinadas páginas web y visionar películas durante su jornada de trabajo a través de un dispositivo de su propiedad. En el mismo sentido, entre otras muchas, la STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª), nº. 222/2012 de 26 enero y la STSJ de Murcia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia nº. 988/2013 de 14 octubre, cuando en las directrices internas que establecías cuál habría de ser el uso lícito del material informático facilitado por la empresa, se especifica que “El uso del sistema informático de la Entidad para acceder tanto a redes públicas como a Internet, se limitará a los temas directamente relacionados con la actividad de la Entidad y los cometidos del puesto de trabajo del usuario”, mientras que “el acceso a debates en tiempo real, chats (Messenger, IRC, etc.) queda estrictamente prohibido”.

⁹ Se trata de un tema ya ampliamente estudiado. Al respecto, véanse, entre otros MOLERO MANGLANO, C., “Inviolabilidad de la persona del trabajador (En torno al art. 18)”, en AAVV, “El estatuto de los trabajadores veinte años después”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 100, 2000, págs. 547 y ss; LUJÁN ALCARAZ, J., “Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación”, *Aranzadi Social*, nº. 3, 2001; GARCÍA VIÑA, J., “La regulación actual de la buena fe en la figura del empresario”, *Aranzadi Social*, nº. 22, 2001; SÚAREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., “El acceso por el empresario al correo electrónico de los trabajadores”, *Diario La Ley*, nº. 5405, 2005, etc. Tema ya zanjado por la STS de 26 de julio de 2007 (rec. 966/2006). Sobre este tema, resulta muy interesante leer el análisis detallado que realizan SEMPERE NAVARRO, A.V, y SANMARTÍN MAZZUCCONI C., “¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador?”, *Aranzadi Social*, 2006. Dichos autores ponen de manifiesto que “la llamada a normas de uso de herramienta tecnológicas en las empresas no es nueva. En los pronunciamientos más recientes comenzaba a apreciarse una tendencia a interpretar la ausencia de normas o limitaciones expresas respecto al uso de los medios informáticos siempre a favor del trabajador, a favor de un mayor margen de tolerancia del uso extralaboral de estas herramientas, ya que contribuyen a generar expectativas de intimidad en el uso de la herramienta. Por el contrario, si estas limitaciones existen, su quebrantamiento constituye una conducta desobediente sancionable, salvo claro está, que la empresa hubiera venido tolerando este tipo de incumplimientos, o que no se sancione a otros trabajadores por similar conducta” (en similares términos, entre otros, MARTÍNEZ FONS, D., “El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa”, *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, 2005, pág. 207; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., “Las facultades empresariales de control de la actividad laboral”, *Aranzadi*, Pamplona, 2003, pág. 93; THIBAUT ARANDA, J., “Control multimedia de la actividad laboral”, Tirant lo Blanch, Valencia,

transgresión de la confianza empresarial debido a la utilización de las redes sociales, pero en este caso, mucho más novedosas y menos frecuentes.

No se trata en este tipo de casos de dilucidar si la utilización de la red social se ha realizado durante el transcurso de la jornada laboral en detrimento de las obligaciones laborales del trabajador, sino por la información que voluntariamente, éste ha querido reflejar en ella -incluyéndola él mismo en su perfil- o ha tolerado su difusión -permitiendo que otras personas la incorporen-, de la que se desprende un comportamiento contrario a sus obligaciones laborales. Y es que, este tipo de datos, ¿son realmente pruebas suficientes para demostrar que el citado incumplimiento laboral realmente se ha producido?

Aunque son muchos y variados los incumplimientos laborales de los que se puede tener conocimiento a través de una red social, son principalmente dos los problemas los que se presentan con más frecuencia en la práctica y sobre los que nuestra jurisprudencia se ha visto obligada a pronunciarse:

- Por una parte, se viene comprobando que la información reflejada en una red social puede servir como forma de controlar las falsas situaciones de Incapacidad Temporal. Y es que en ciertas ocasiones la información difundida a través de este tipo de vías de comunicación hace dudar que la suspensión del contrato de trabajo verdaderamente se esté utilizando para que el trabajador reponga su estado de salud, como resultaría inherente a las situaciones de baja médica.

- Por otra, el conflicto a veces se suscita por la trascendencia social que se puede atribuir a ciertas opiniones o reflexiones de carácter personal incluidas por el trabajador en su propio perfil personal, formuladas con ánimo ofensivo o despectivo y que, incluso, podrían influir negativamente en la imagen que la empresa en cuestión tiene en el mercado de bienes y servicios, y por tanto, sobre el nivel de aceptación que hasta ese momento presentaba entre consumidores y usuarios¹⁰.

Así, aunque la mayoría de los casos que llegan a nuestros jueces y tribunales están relacionados con la utilización de la red social Facebook, en los últimos meses se está constatando que exactamente los mismos problemas se pueden plantear también en virtud de la información reflejada en otras plataformas digitales, como Instagram o WhatsApp, que también permiten configurar un perfil en el que el titular expone a sus contactos información personal (información que, del mismo modo, en ocasiones, puede ser claramente demostrativa de un incumplimiento de las obligaciones laborales)¹¹.

2006, pág. 47 y ROQUETA BUJ, R., “El despido por la utilización personal de los medios tecnológicos de información y comunicación de la empresa, *Actualidad Laboral*, 2005).

¹⁰ Sobre éste tema, véase SELMA PENALVA, A., “La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso social”, *Revista General de Derecho del Trabajo*, n.º. 39, 2014, pág. 147.

¹¹ Así por ejemplo, la STSJ Cataluña de 11 julio 2014 (PROV 2014, 241700) considera procedente el despido disciplinario del que son objeto la directora y una de las profesoras de una guardería por difundir en un grupo de WhatsApp fotografías íntimas de uno de los alumnos. De la misma forma, la STSJ Galicia 25 abril 2014 (AS 2014, 2364) considera procedente el despido disciplinario de una ATS que prestaba servicios en una residencia geriátrica, por delegar en otros compañeros sin titulación (tal y como se considera suficientemente acreditado atendiendo a la conversación de WhatsApp aportada en la que se reflejan tales hechos), la administración de medicamentos, incurriendo en clara dejadez en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales.

Este trabajo se dedica a analizar, no ya si concurre la suficiente gravedad del incumplimiento que se imputa al trabajador (lo que debería ser objeto de otro trabajo de investigación diferente), sino si los medios utilizados para intentar demostrar con exactitud los hechos acaecidos son o no los apropiados, adelantando así cuál será su valor probatorio en el juicio.

2. Despidos comunicados únicamente a través de WhatsApp

Tal y como se ha adelantado, hoy en día, ha quedado aceptado con rotundidad que la aplicación informática denominada WhatsApp se ha convertido una forma de comunicación generalizada, y como tal, ha llegado al ámbito empresarial. Es habitual utilizarla con fines profesionales por empresarios y trabajadores para contactar entre ellos, en las relaciones con clientes y proveedores y también para transmitir ordenes o instrucciones a los subordinados. Ahora bien, en la práctica, la mayor fuente de controversias se produce cuando se utiliza para transmitir la decisión empresarial de extinguir la relación laboral. Y es que, aun que no se discute que un trabajador puede comunicar a su empresa su decisión de abandonar el puesto de trabajo recurriendo a esta forma de mensajería instantánea, ¿puede el empresario utilizar esta vía para comunicar a un trabajador que ha sido despedido?

Como es sabido, el despido que no se ajuste a las formalidades exigidas en la legislación laboral será un despido improcedente. En concreto, la legislación laboral pide que se comunique al trabajador por escrito, especificando con claridad los hechos que motivan tal decisión extintiva y la fecha en la que tendrá efectos (53 ET). Datos que se reflejan en lo que se viene denominado “carta de despido”. Ahora bien, después de que en los últimos años nuestros jueces y tribunales hayan empezado a admitir la validez de la decisión extintiva comunicada por correo electrónico al trabajador (siempre que quede constancia clara del acuse de recibo por parte de éste), ¿podría extenderse la misma consideración a las comunicaciones efectuadas por mensajería digital?

Son entonces dos cuestiones las que debe plantearse el juzgador: por una parte, la admisibilidad de una carta de despido enviada por WhatsApp y por otra, la forma de probar que verdaderamente el trabajador afectado recibió un mensaje con el citado contenido que poder aportar en juicio.

Contestando a la primera de ellas, es nuestra jurisprudencia más reciente la que viene entendiendo que, por el momento, los sistemas de mensajería instantánea no son los apropiados para transmitir la información tan detallada que precisa una carta de despido, considerándose entonces improcedentes los despidos efectuados a través de esta vía. Y es que, por el momento, el envío de un mensaje de WhatsApp en el que se hagan constar los hechos que motivan el despido y la fecha a partir de la cual tendrá efectos no se considera una forma de comunicación válida, pues se estima que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de cumplir las formalidades exigidas en la legislación laboral para ser procedentes. Adviértase que esta postura sigue estando vigente incluso después de que la propia aplicación de WhatsApp incorpore el doble clic azul para acreditar que el destinatario ha leído el mensaje recibido, a pesar de que, en la práctica, este dato está actuando de forma similar a como lo haría un correo electrónico con acuse de recibo.

Una vez admitido la improcedencia del despido, queda una segunda cuestión por resolver: ¿cómo puede el trabajador afectado por esta situación, demostrar que ha sido objeto de un despido improcedente? ¿Sirve como medio de prueba admitido en derecho el WhatsApp recibido?, o por el contrario, ¿se considera un dato carente de valor probatorio por su volatilidad e inconsistencia? Y no sólo eso, cuando se trata de valorar el valor probatorio de los mensajes recibidos a través de WhatsApp surge también la siguiente duda ¿aportándolos en juicio se estaría vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones que proclama el art. 18.3 CE?

En síntesis, hoy en día, el valor probatorio del WhatsApp sigue suscitando serias dudas interpretativas, pues todavía no existe una respuesta jurisprudencial unánime a la hora de admitir con mayores o menores presupuestos, la validez de este tipo de pruebas. Pero antes de comenzar el análisis referido a la mayor o menor fiabilidad que se ha de conferir a este tipo de mensajes, resulta imprescindible resaltar que el secreto de las comunicaciones no rige entre los propios comunicantes¹². En consecuencia, jueces y tribunales, de modo unánime, vienen sosteniendo que la grabación de una conversación propia no vulnera el secreto de las comunicaciones¹³, por lo que tampoco lo hará el hecho de aportar como prueba en un juicio, la reproducción de la conversación grabada¹⁴.

Ahora bien, una vez admitida la posibilidad de reproducir conversaciones privadas mantenidas vía WhatsApp ¿cómo se han de presentar en juicio? ¿Cómo se puede demostrar, fehacientemente, el contenido exacto de este tipo de mensajes? A estos efectos debe advertirse que la mera captación de pantalla de la conversación mantenida, tiene sólo un valor probatorio relativo, dada la facilidad con que pueden alterarse este tipo de pruebas¹⁵. Otra de las opciones es solicitar el cotejo por parte del juez de los dos móviles implicados en la conversación, con el fin de comprobar que el contenido coincide, pero en la práctica esta vía tampoco arroja resultados infalibles

¹² Sobre este tema, véase NORES TORRES, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales”, *Revista de Información Laboral*, nº. 7/2016 (BIB 2016/4160), pág. 7 del soporte informático.

¹³ Sirva como ejemplo la argumentación que recoge la ya clásica STC 114/1984 (RTC 1984, 114). Más recientemente, sobre el mismo tema y manteniendo idénticos criterios, véase la STSJ Galicia 25 abril 2014 (AS 2014, 2364).

¹⁴ Cfr. CUADROS GARRIDO, M.E., “El uso del WhatsApp en las relaciones laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº.171/2014, pág. 3 del soporte informático. Adviértase que tampoco daría lugar a un supuesto de revelación de secretos (como claramente explica la STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia nº. 2432/2014 de 25 abril (AS\2014\2364) el hecho de que la empresa aporte como prueba demostrativa de un incumplimiento laboral por parte de un trabajador una conversación mantenida vía WhatsApp con otro trabajador de la empresa (y que éste último ha trasladado a la dirección). Y es que en casos de este tipo, es una de las partes implicadas en la conversación la que voluntariamente muestra el contenido de los mensajes recibidos y enviados. Pese a todo, tampoco se puede obviar que, en supuestos de esta índole, las reglas de la buena fe obligan a que el trabajador implicado en la conversación y que difundió su contenido, sea llamado a juicio para testificar, con el fin de que éste confirme su relación con la persona despedida y el contexto en el que tuvo lugar la conversación que se pretende utilizar (conclusión a la que llega, entre otras, la STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia nº. 8/2015 de 7 enero (JUR\2015\96773), sobre todo, cuando los términos de la misma pueden inducir a confusión acerca del objeto exacto al que quedaba referida la conversación en cuestión.

¹⁵ Sobre este tema véase CERVILLA GARZÓN, M.J., “Los «pantallazos» de los mensajes «WhatsApp» como medio de prueba en el proceso laboral”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 11/2016, BIB 2016\85550, comentando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 28 de enero de 2016 (PROV 2016, 45246).

dado que una de las partes ha podido hacer desaparecer en su totalidad o solo en parte, los mensajes comprometedores emitidos durante la citada conversación. Y es que no se puede pasar por alto el hecho de que la propia aplicación de WhatsApp permite eliminar con facilidad mensajes concretos de una conversación, tanto por parte del receptor como del emisor, por lo que es fácilmente previsible que el cotejo que realice el juez no aporte resultados concluyentes¹⁶. La tercera de las opciones y la que mayor valor probatorio tendrá en juicio es el peritaje efectuado por un técnico informático, en virtud de la cual se podrá acreditar que la conversación aportada no ha sufrido alteraciones de ninguna clase por parte de la parte interesada, ni incluyendo ni suprimiendo contenido¹⁷.

III. La fiabilidad de la información reflejada en soportes digitales

Según el artículo 90.1 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, las partes podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas¹⁸. Por otro lado, el artículo 20.3 ET otorga al empresario la facultad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana (consideración que también recoge el 90.2 Ley 36/2011).

Pero, los documentos digitales a los que indirectamente hace referencia la Ley 36/2011 al enumerar los diferentes medios de prueba admitidos en el proceso social ¿estarían abarcando los datos obtenidos a través de Facebook? ¿Y la información transmitida a través de WhatsApp? Y si es así, ¿existe una forma de acreditar su contenido de forma fehaciente, evitando modificaciones posteriores o eliminación de datos? Contestando a esta pregunta, puede decirse que, dada la amplitud con que la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Social define la prueba documental, nada impide que se consideren documentos informáticos y como tales, se aporten en juicio, los WhatsApp recibidos¹⁹.

¹⁶ Como pone de manifiesto POQUET CATALÁ, R., en “Las dificultades probatorias del acoso laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº.10/2016 parte Estudio, BIB 2016\80478, pág. 16 del soporte informático, “el problema central de este medio de prueba (el WhatsApp), sin embargo, lo constituye la veracidad y autenticidad de la información, es decir, que el contenido no sea manipulado por la parte contraria”.

¹⁷ Advértase que, si en el orden social se potencia la prueba pericial informática con el fin de acreditar el contenido exacto de la conversación objeto de controversia, en el orden jurisdiccional penal el juzgador suele ser mucho más flexible a la hora de atribuir valor demostrativo de la existencia de episodios de acoso (laboral, familiar, sexual, escolar, violencia de género, etc.) respecto a los mensajes de WhatsApp de naturaleza intimidatoria o amenazadora que haya podido recibir la víctima. Y es que se entiende en estos casos que exigir una prueba pericial que refuerce la veracidad de los hechos alegados, habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el caso, resulta una carga excesiva para la que se considera parte más vulnerable de la situación (la víctima), bastando en estos casos con el cotejo judicial.

¹⁸ Amplitud de medios de prueba entre los que también pueden tener plena acogida aplicaciones informáticas como Facebook o WhatsApp, como pone de manifiesto NORES TORRES, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales”, *Revista de Información Laboral*, nº. 7/2016 (BIB 2016/4160), pág. 17 del soporte informático.

¹⁹ De hecho, como sostiene POQUET CATALÁ, R., “(...) esta fuente probatoria contenida en medios electrónicos debe tener acceso al proceso mediante alguno de los medios probatorios previstos en nuestro marco normativo, esto es, la prueba de instrumentos tecnológicos del art. 299.2 LEC, como son la prueba documental, la pericial, el reconocimiento judicial, la prueba testifical o el interrogatorio de las partes. De

Precisamente al respecto, la constante evolución social, lleva ahora a suscitar una nueva pregunta: ¿podría la información expuesta en una red social sustituir, como medio de prueba, a los informes de los detectives privados? Lo que no se puede negar es que mientras la contratación de un detective revela la existencia previa de serias dudas respecto a la lealtad del trabajador, los datos ofrecidos por las redes sociales, aportan muchas veces una información que el empresario no sospechaba antes de verla.

Por su parte, por lo que respecta al valor probatorio de la información reflejada en las redes sociales deben formularse distintas consideraciones: y es que la posible admisión como medio de prueba de datos, hechos, fotografías o consideraciones manifestadas en una red social se enfrenta a varios inconvenientes inherentes. Y es que, ¿cómo se asegura que la información volcada es, no sólo real, sino también reciente? Y por tanto, ¿hasta qué punto la información reflejada en una red social tiene fuerza suficiente para considerar, atendiendo exclusivamente al dato en ella reflejado, que el trabajador ha transgredido la buena fe contractual?

IV. La solución ofrecida por jueces y tribunales en el orden social

Son tres problemas a los que en la práctica se enfrenta el pleno reconocimiento del valor probatorio de la información obtenida a través de Facebook o WhatsApp:

En primer lugar, por lo que a la posible vulneración del derecho a la intimidad por utilizar la información reflejada en las redes sociales se refiere, nuestros jueces y tribunales coinciden de forma contundente en que, desde el momento en el que el trabajador decide incluir tal información en su perfil, exponiéndola públicamente, es él mismo el que está renunciando al posible carácter íntimo o particular que pudiera querer atribuírsele, incluso aunque se trate de información que otros contactos han compartido, bajo su autorización (expresa o tácita) en su perfil social²⁰.

Siguiendo idéntica argumentación, tampoco resulta relevante en modo alguno el entorno en el que se haya capturado la fotografía: pues éstas unas veces se han obtenido en un lugar abierto al público, normalmente lugares de tránsito y otras en domicilios particulares. Y es que la voluntaria difusión por parte del trabajador lleva a estimar que no hay una intromisión en la intimidad del trabajador, independientemente de que, en las fotos expuestas, éste aparezca en un lugar público o privado²¹.

esta forma, los datos contenidos en un teléfono móvil o Smartphone deberán ser aportados al proceso en un soporte determinado que será el medio de prueba. Para que el mismo pueda ser aceptado deberá comprobarse la autenticidad del origen y la integridad del contenido, y ambos aspectos deben cumplirse, pues en caso contrario será desestimado como medio de prueba”, en “Las dificultades probatorias del acoso laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.10/2016 parte Estudio, BIB 2016\80478, pág. 16 del soporte informático.

²⁰ Sobre las amplias opciones de las que disponen todas las redes sociales a la hora de configurar la privacidad de su contenido, restringiendo no sólo visualizaciones sino también publicaciones en el perfil de un usuario, de forma que el titular de la cuenta, bajo su responsabilidad, pueda elegir la que más le convenga, véase NORES TORRES, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales”, *Revista de Información Laboral*, nº. 7/2016 (BIB 2016/4160), pág. 5 del soporte informático.

²¹ Ahora bien, lo que no se puede negar es que, en la práctica, a la hora de demostrar los incumplimientos laborales del trabajador, las fotografías sobre este extremo relevantes serán, principalmente, las obtenidas en un lugar público, pues serán éstas las que principalmente podrían ayudar a sustentar la ficción de una situación de Incapacidad Temporal, la realización de actividades que sean constitutivas de competencia

Adviértase que ni la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal ni la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen establecen limitaciones de ninguna clase a la hora de emplear la información voluntariamente expuesta y difundida por el propio titular, quedando sus indicaciones y prohibiciones sólo referidas a la utilización de los datos personales cedidos a terceras personas para un fin determinado²².

En este sentido, resulta interesante destacar la paradójica situación a la que puede dar lugar la difusión de información personal en la red social: como es sabido, constituye un principio básico del ordenamiento procesal que a cada parte le corresponde probar los hechos que le interesan (art. 96 Ley 36/2011), pese a todo, la atribución de valor probatorio (o al menos, de valor indiciario) a la información contenida en una plataforma virtual de esta índole va dar lugar a un curioso escenario en el que el propio trabajador afectado habrá constituido él mismo (difundiéndolos en su red) los instrumentos de prueba que después podrían incluso legitimar su despido disciplinario.

Una vez proclamado que la obtención de este tipo de datos, sólo por el hecho de que provengan de un perfil virtual del trabajador, no implica vulneración alguna del derecho a la intimidad, el intérprete se ha de enfrentar a una segunda cuestión, también de fundamental importancia: la fiabilidad de los datos reflejados en la red social.

Así, la segunda de las reflexiones que debe hacer todo intérprete del derecho debe ir necesariamente dirigida a valorar la veracidad que puede atribuírsele a este tipo de información. Y es que aunque cierto tipo de manifestaciones vertidas en una red social pueden generar suspicacias por parte de la empresa, crear recelos o levantar sospechas de la falta de cumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones laborales inherentes a la buena fe contractual, el medio en el que se han manifestado no

desleal, la ausencia del trabajador del lugar de trabajo durante su jornada, el uso abusivo del material de trabajo o mercancía de la empresa, etc. Serán sólo excepcionales las fotos tomadas en lugares privados que permitan demostrar el incumplimiento del trabajador. Así por ejemplo es interesante el caso que analiza la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª), nº. 524/2012 de 28 mayo, en la que se considera suficientemente probada la transgresión de la buena fe de la trabajadora, y por tanto, confirmado el despido disciplinario que se lleva a cabo, al detectarse a través de Facebook que aprovechó una situación de IT en su empresa para elaborar, en su propio domicilio, tocados y diademas de fiesta que luego vendía a través de un comercio *on line* del que era titular, al exponer fotos en Facebook de sus creaciones.

²² La única salvedad que, llegado el caso, podría presentarse es la referida a las situaciones en las que la información subida a una red social, demostrativa de que se ha producido una clara transgresión de la buena fe contractual, es detectada, no por el propio empresario sino por otro sujeto (normalmente otro compañero de trabajo o un familiar de éstos) por encontrarse dentro de los contactos de Facebook del citado trabajador. Se podría plantear la siguiente duda: si la información así obtenida se comunica a la empresa ¿se ha realizado un uso abusivo de los datos cedidos por el interesado para un fin concreto, utilizándolos para una finalidad muy diferente? Y es que no se puede negar que, pese a haberse obtenido la información por el hecho de ser “amigo de Facebook”, se puede hacer posteriormente de esta información un uso muy poco amistoso. Ahora bien, para responder a esta cuestión, debe destacarse que la información incluida en un perfil social no es en modo alguno un tipo de información otorgada a otras personas *con un fin específico* (por ejemplo, cuando se aportan datos económicos para que otra persona cumplimente la declaración de la renta o para solicitar una ayuda o subvención, cuando se comunican datos personales para hacer un diagnóstico médico o psicológico, cuando se adquiere determinado producto, etc.), sino que se trata en todo momento de un tipo de información personal libremente difundida por su titular (aunque esta difusión se pretenda realizar entre un entorno reducido de contactos).

asegura su certeza. Habida cuenta de esta consideración ¿puede verdaderamente atribuírsele valor probatorio a los datos extraídos de Facebook?

Como se ha expuesto, ante la amplia redacción utilizada por el art. 90.1 Ley 36/2011 a la hora de concretar la admisibilidad de los medios de prueba admitidos en el proceso laboral, doctrina y jurisprudencia se muestran proclives a considerar incluidos dentro del amplio grupo de “pruebas documentales”, todas aquéllas plasmadas en un soporte informático, sea éste del tipo que sea (grabaciones de sonidos o imagen incorporadas a un soporte digital, correos electrónicos, discos duros de ordenadores, dispositivos externos de almacenamiento de datos, la información vertida en servicios de almacenamiento de datos *on line* -las nubes informáticas- y por qué no, aquélla obtenida gracias a una red social)²³.

Precisamente sobre las pruebas documentales, el art. 94.2 de la Ley 36/2011, especifica que éstas son medios destinados a “obtener certeza sobre hechos relevantes que se encuentren en poder de las partes”. Ahora bien, pese a poder considerarse incluidas en la amplia configuración normativa del concepto de prueba documental, ¿realmente es fiable la información obtenida a través de una red social? ¿Permitirían sustentar el contenido del fallo exclusivamente en las apreciaciones así efectuadas?

Obviamente, no se les puede negar un cierto valor indiciario, pero tampoco se puede obviar el hecho de que, en muchas ocasiones este tipo de datos sólo tenga un valor relativo como forma de acreditar los hechos alegados por las partes. Será el juez entonces, ante cada caso concreto, el que deba ponderar los diversos elementos de juicio que se hayan aportado en el proceso y, al hacerlo, necesariamente ha de tener en cuenta que este tipo de información no siempre se ajusta a la realidad.

Son diversos los factores que restan valor probatorio a este tipo de documentos: no existe ninguna garantía de su fiabilidad, pudiendo desde reflejar meras ficciones o inventivas del usuario, hasta incluir información real, pero no reciente, que produzca el efecto de distorsionar negativamente la imagen del trabajador frente a su empresa, generando confusión. El juzgador necesariamente tendrá que tener en cuenta todos estos factores a la hora de realizar la valoración de la prueba aportada. Y es que aunque Facebook haya incorporado un geolocalizador a las fotografías que se incluyen en los perfiles sociales, no existe una forma fiable de garantizar ni el lugar ni el momento exacto de su captura, circunstancia que sin duda, relativiza, en muchos casos su valor probatorio²⁴. Similares reflexiones pueden realizarse en torno a la fotografía del perfil de WhatsApp que el trabajador haya elegido²⁵.

²³ Al respecto, véase la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª), nº. 8168/2013 de 13 diciembre. También, sobre la tramitación del proceso ordinario, véase LUJÁN ALCARAZ, J, “Novedades en la regulación del proceso ordinario en la Ley de la Jurisdicción Social, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº. 103, 2013, págs. 127 y ss.

²⁴ Especiales problemas de prueba podrían plantarse por ejemplo cuando, no se puede demostrar con certeza a qué sujeto atribuir el incumplimiento: bien por estar los hechos constitutivos de éste expuestos en blog sin una identificación nominal reconocible, bien porque, el sujeto que inicialmente las difundió, consciente de su trascendencia, los elimina de su perfil, siendo otros usuarios los que, habiendo captado la información durante el breve periodo de tiempo en el que estuvo expuesta, la mantienen en sus perfiles.

²⁵ Así, como alega la defensa de la trabajadora despedida en el caso que conoce la STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), nº. 1333/2013 de 14 de junio de 2013, en las fotografías en las que se fundamenta el despido “no consta ni la hora ni el lugar en que se hicieron sin que pueda cubrirse esta falta de valor probatorio con los comentarios también extraídos del Facebook (...)”.

Así por ejemplo, el mero hecho de subir a la red información de un viaje, cena, excusión o salida nocturna mientras el trabajador se encuentra en su empresa en situación de Incapacidad Temporal sin duda va a provocar el efecto de suscitar serias dudas acerca del cumplimiento escrupuloso por parte de éste de sus obligaciones laborales, aunque en realidad, dichas fotografías obedezcan a un momento temporal muy anterior a la situación de baja²⁶.

En síntesis, no se puede desconocer el hecho de que hoy en día las redes sociales pueden servir para acreditar ejemplos muy variados de incumplimientos laborales, pues existen muchas conductas reprobables del trabajador de las que la empresa puede tener conocimiento a través de una red social y que suscitan conflictos a la hora de apreciar si pueden legitimar una sanción disciplinaria.

Entre otras muchas conductas, nuestra jurisprudencia más reciente permite citar los siguientes supuestos en los que también la información reflejada en un perfil de Facebook se considera medio de prueba suficiente para demostrar el incumplimiento de un pacto de exclusividad, la transgresión de la confianza empresarial en cierto tipo de empresas de ideológicas o de tendencia, la revelación de secretos, la ausencia de la diligencia debida en aquellas actividades que requieren un deber de confidencialidad especialmente cualificado²⁷, un escrupuloso seguimiento de unas medidas de higiene para no perjudicar la calidad del producto o el tratamiento de datos personales protegidos por la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal²⁸, la vulneración del deber de competencia desleal que rige en toda relación laboral²⁹, la utilización para fines personales de cierta mercancía propiedad de la empresa³⁰, o en definitiva, permiten

²⁶ Así, en el caso que resuelve la STSJ de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia nº. 926/2013, de 19 abril de 2013, se considera suficientemente probado el despido disciplinario de una trabajadora cuando se aportan imágenes de Facebook que demuestran que acudió a un determinado concierto (celebrado claramente en determinado día, lugar y hora) durante una baja laboral de sólo un día.

²⁷ Resulta llamativa la STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª), nº. 947/2012 de 20 febrero en la que, pese a haber suscrito el trabajador un acuerdo de confidencialidad y constituir la conducta una clara trasgresión no sólo de las obligaciones impuestas por la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, sino también del código de conducta marcado en el convenio colectivo del sector, el Tribunal considera que no tiene la suficiente gravedad para justificar un despido disciplinario el hecho de que el camillero de una ambulancia, suba a su perfil de Facebook la fotografía de una niña nacida durante el trayecto, acompañándola de la siguiente frase: “por momentos como éste, merece la pena mi trabajo”, habida cuenta de que los padres renuncian a toda acción legal al respecto y no se había producido daño económico a la empresa.

²⁸ De la misma forma, también se trataría de un grave incumplimiento laboral difundir cierto tipo de información que maneja la empresa en atención a sus relaciones laborales, mercantiles o fiscales con otras personas, vulnerando así la Ley de Protección de Datos de carácter personal, pues se habrá difundido injustificadamente información personal de clientes, usuarios u otros trabajadores de la empresa en Internet.

²⁹ La STSJ de Murcia, (Sala de lo Social, Sección 1ª), nº. 582/2012 de 16 julio, considera procedente el despido disciplinario de un jefe de sector por transgresión de la buena fe contractual, cuando a través de Facebook su empresa tiene conocimiento de que en situación de incapacidad temporal creó y registró páginas web en las que vendía productos comercializados por la empresa: cuantía de los perjuicios indiferente. A similar conclusión llega la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 6ª), nº. 475/2012 de 25 junio, después de considerar probado que el trabajador utilizaba el tiempo y lugar de trabajo para realizar a través de Internet y dándose difusión en las redes sociales, exactamente las mismas funciones que desarrollaba en la empresa, esta vez como trabajador autónomo, captando a clientes de ésta.

³⁰ Por ejemplo, la STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 28 noviembre 2013 (JUR 2013/382081) considera demostrativo de transgresión de la buena fe contractual, y por tanto, causa suficiente para legitimar un despido disciplinario, el hecho de utilizar un vehículo de alta gama, por

acreditar cualquier otro tipo de incumplimiento para cuya prueba baste el contenido de una imagen independientemente del momento en el que se captase dicha fotografía o las meras manifestaciones plasmadas en una red social³¹.

Resulta ser particularmente frecuente que la conducta sancionable del trabajador provenga de haber reflejado en una red social ciertas manifestaciones de opinión, claramente contrarias a los intereses y la imagen de la empresa en la que presta sus servicios. A estos efectos, y siempre que el acceso a esta información se obtenga en forma admitida en derecho, cabe destacar que nuestra jurisprudencia más reciente está considerando que tales opiniones provienen realmente del titular del perfil en el que se reflejan y que son demostrativas del sentir real de éste³².

Otra cosa diferente sería que se pudiera probar la elaboración de un perfil Facebook fingiendo que corresponde a una persona distinta a la que lo ha creado, con el fin de degradarla, ridiculizarla o perjudicarla³³, o que se demostrara (cosa hoy en día difícil por las diferentes garantías que ofrecen las redes sociales al respecto, y por la necesidad de incluir una contraseña) que otras personas han accedido sin permiso a la cuenta del trabajador, volcando intencionadamente los comentarios sobre los que ahora se discute su adecuación a la buena fe contractual (podría ocurrir, como se ha expuesto antes, con aquellas personas que hayan configurado un acceso directo a su perfil bien en un ordenador, bien en un dispositivo móvil al que hayan podido tener acceso otras personas).

En este sentido, no está de más recordar que toda manifestación de opinión que, por su entidad, pueda considerarse constitutiva de un delito o de una falta de injurias o calumnias según lo dispuesto en nuestro código penal, también en el ámbito laboral se considerará una clara transgresión de la buena fe y de la confianza empresarial y permitirá legitimar un despido disciplinario. Ahora bien, esto no quiere decir que el tipo de comentario reflejado en una red social, para ser susceptible de legitimar un despido disciplinario, tenga necesariamente que revestir tal gravedad como para ser considerado, además de falta grave en el ámbito laboral, una conducta delictiva. Son muchos los comentarios a los que nuestra jurisprudencia les atribuye carácter ofensivo y por lo tanto, los califica como falta grave del trabajador, aunque no constituyan, en modo alguno, ilícitos penales. Y es que son muchas las situaciones y circunstancias en las que determinados comentarios del trabajador se pueden considerar atentatorios contra la imagen de la empresa, hasta el punto de considerarse insostenibles.

parte de una trabajadora de un concesionario de automóviles, para fines personales, cuando el empresario tiene conocimiento de esta conducta a través de las imágenes expuestas en Facebook.

³¹ Así, la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº. 5376/2012 de 17 julio, admite como pruebas los comentarios incluidos en Facebook como prueba del acoso sexual que sufría una trabajadora por parte de un superior jerárquico de su empresa.

³² Sin duda, como explica VICENTE PACHÉS, F., otra cosa diferente será que dichas manifestaciones de opinión se realicen voluntariamente a través de una identidad falsa o de una cuanta anónima, lo que complicaría la identificación del autor, “El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo”, *Revista de Información Laboral*, nº. 2/2017 (BIB 2017\634), pág. 15 del soporte informático.

³³ Como ocurre en el caso que se ocupa de analizar la Sentencia del Juzgado de lo Social de Cartagena (Región de Murcia) Sentencia nº. 517/2011 de 6 julio, en la que finalmente se concluye legitimando la procedencia del despido disciplinario del trabajador, considerando dichas actuaciones claramente constitutivas de un fenómeno de abuso de confianza frente a un superior jerárquico.

Puede afirmarse entonces que el valor probatorio de este tipo de documentos virtuales debe apreciarse atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes en el caso, teniendo el juzgador discrecionalidad a la hora de atribuir valor probatorio a uno de estos documentos, después de analizar el conjunto de indicios relevantes en el caso tanto en contra como a favor del trabajador³⁴. Y es que será únicamente la combinación del conjunto de indicios aportados al caso el que permita ofrecer una decisión ajustada a derecho.

En cualquier caso, se ha de admitir que negar radicalmente todo valor indiciario a la información obtenida, consultada o difundida por esta vía, implica desconocer la realidad social, fingiendo que se han petrificado las formas humanas de comunicación, por lo que tampoco parece ésta la respuesta más adecuada en el ámbito procesal en general, y en entorno del proceso laboral en particular.

En tercer lugar, la falta de permanencia es uno de los rasgos de este tipo de información que dificulta su fuerza probatoria, pues la parte interesada en demostrar su contenido se enfrenta al riesgo de que, llegado el acto del juicio, tal información sobre la que se sustentan sus pretensiones, haya desaparecido. Pero entonces, ¿cómo se puede probar lo que en un momento estuvo expuesto? ¿Servirían entonces fotografías o capturas de pantallas como medio de prueba? Y es que en esos casos, el medio de prueba que se aporte en juicio no sería ya el perfil de Facebook, sino la fotografía de lo que en un momento se expuso en él o el DVD en el cuál se grabó la citada información. No deja de ser una “prueba documental”, pero de diferente naturaleza en uno y otro caso (en un caso se trataría de una simple fotografía y en otro, de un programa informático).

Para evitar este tipo de problemas, en ciertas ocasiones, la parte interesada solicita un acta notarial, a través de la cual se pueda acreditar el contenido exacto del perfil de Facebook o de WhatsApp en un momento concreto, asegurándose de ésta manera, la permanencia del documento presentado³⁵. Ahora bien, esto no quiere decir en modo alguno que nuestros jueces y tribunales sólo admitan como prueba la información reflejada en una red social cuando previamente se ha hecho de ella una captura notarial. Todo lo contrario, este tipo de garantía adicional constituye por el momento sólo la excepción, admitiéndose el valor indiciario de todo tipo de pruebas documentales³⁶.

³⁴ En este sentido, por todas, véase la STSJ de Cantabria, (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº. 1029/2012 de 21 diciembre, que recuerda que la facultad de valorar la prueba corresponde, en exclusiva, a la Magistrada de instancia y, únicamente, se encuentra sometida a las reglas del art. 97.2 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social. Al respecto, MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V., RÍOS SALMERÓN, B., CAVAS MARTÍNEZ, F., LUJÁN ALCARÁZ, J., indican que “en cuanto a la valoración de la prueba de documentos no difiere de la que el juez laboral pueda hacer del resto de las pruebas, en su estimación libre y conjunta de las mismas, salvo, claro está, el valor expreso que las normas generales otorgan a determinados documentos (...)”, en “*Curso de procedimiento laboral*”, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 184.

³⁵ Esto es lo que ocurre en el caso debatido por la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº. 1197/2012 de 14 febrero.

³⁶ De esta manera, cuando este tipo de documentos se aporta como prueba, normalmente se realiza una grabación de su contenido en un DVD (como ocurre en el supuesto analizado por la STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª), nº. 977/2012 de 23 febrero). Eso sí, en el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba, otorgándole diferente peso específico a las distintas pruebas aportadas (SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero, con la salvedad de que

Es muy difícil extraer una máxima general que resuma en un gran principio, cuál ha de ser el valor probatorio que se atribuya a la información obtenida en una red social. Tan variada es la realidad que, a la hora de realizar este juicio de valor, el juzgador deberá inexcusablemente realizar una valoración detallada de todos los datos existentes, sopesando con detalla, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, cuál es la credibilidad que ha de otorgarse a cada uno de los documentos aportados (incluyendo como es lógico, las referencias a los perfiles sociales)³⁷.

V. Conclusiones

Adviértase que en la presente exposición tan sólo se ha realizado un breve análisis de los supuestos más frecuentes, queriendo insistir en que son muchas los problemas prácticos que se pueden presentar en el ámbito laboral relacionados con la utilización de las redes sociales. En cualquier caso, dada la generalizada utilización de este tipo de programas, no se puede negar que su valor como medio probatorio se ha convertido ya en uno de los retos a los que debe enfrentarse el Derecho del Trabajo del nuevo siglo.

En pleno siglo XXI debe admitirse sin reservas que la tradicional prueba “documental” puede presentar nuevos contornos, dando cabida también a la información incorporada a un soporte no sólo electrónico, sino también informático. Esta ampliación de los instrumentos probatorios, consigue elevar el elenco de datos indiciarios que se pueden aportar al proceso. Ahora bien, el valor que se ofrezca a cada uno dependerá de la decisión discrecional del juzgador, que habrá de ponderar de forma razonable las trazas de credibilidad de la situación fáctica alegada por cada una de las partes. Así, toda la información que, con finalidad de ser utilizada como medio de prueba, pueda aportar una de las partes de un proceso (incluida la obtenida a través de redes sociales), ha de ser sopesada, como si de una balanza romana se tratara, conjuntamente con la aportada por la contraparte³⁸.

En último lugar, no se puede finalizar esta exposición sin insistir una vez más (en esta ocasión con la máxima contundencia), en el hecho, teóricamente admitido por

su libre apreciación sea razonable (SSTS 10 de marzo de 1980, RJ 1980, 1113, 30 de octubre de 1991, RJ 1991, 7245, 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993, RJ 1993, 9995 y 10 de marzo de 1994, RJ 1994, 1730).

³⁷ Por ejemplo, la STSJ de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª), nº. 631/2014 de 14 marzo, no considera suficiente para legitimar un despido disciplinario, el comentario incluido en el perfil social de la empresa (un supermercado) por parte de una clienta anónima, que se quejaba de la falta de diligencia y los incumplimientos horarios de una de las dependientas.

³⁸ Esto es lo que ocurre en la STSJ de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia nº. 926/2013, de 19 abril de 2013, en la que el despido disciplinario de una trabajadora, entre otros medios de prueba, se justifica aportando imágenes de Facebook que demuestra que fingió una falsa situación de Incapacidad Temporal de corta duración con el fin de poder acudir a un concierto durante el día de baja. Siguiendo la misma argumentación, la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª) Sentencia nº. 32/2012 de 23 enero, considera suficientemente probada la trasgresión de la buena fe contractual del trabajador que, mientras se encontrada de baja, realiza diversas salidas nocturnas con sus amigos y cuelga las imágenes en Facebook. En el caso objeto de análisis por la STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1ª), nº. 578/2012 de 22 marzo, se confirma el despido disciplinario de una trabajadora que aprovecho una situación de IT de escasa duración para acudir a una boda en otra localidad, de la cual, expuso públicamente numerosas fotografías en Facebook.

todos pero pocas veces interiorizado, de que las redes sociales crean una apariencia de intimidad que no existe en modo alguno en la realidad, como además confirman los últimos pronunciamientos judiciales. Situación de exposición pública de la que muchas veces no son conscientes las personas que habitualmente utilizan las redes sociales. Todos los usuarios de este tipo de servicios deben tener consciencia de la enorme difusión y trascendencia social que pueden tener los comentarios, archivos o enlaces que desean compartir en su página personal. Y es que en realidad, y por mucho que quiera reforzar la privacidad de este tipo de redes sociales, existen todavía muchos resquicios en virtud de los cuales esta información puede ser vista (y posteriormente manejada) por otra persona, momento a partir del cual, pueden además suscitarse las controversias laborales a las que se ha hecho referencia en este trabajo.