

# Redes sociais, aplicacións móbiles e proba no proceso laboral

*Social Networks, Mobile Apps and Evidence  
in the Labour Process*



LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO

Maxistrado especialista da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Recibido: 30/06/2016

Aceptado: 28/07/2016

## Resumo

Un dos medios de proba máis importantes no proceso laboral é a proba documental que pode achegarse o día do xuízo; porén, cada vez máis a miúdo, debido á xeneralización do uso das redes sociais, resulta que tal proba non a contén un documento ao uso clásico, senón un teléfono intelixente (*smartphone*), en que se reflicte un escrito, por exemplo, comunicado a través dalgunha aplicación de mensaxaría instantánea, en particular, WhatsApp. O que se formula neste artigo é a virtualidade que pode chegar a ter o expresado a través da devandita aplicación, como pode acceder ao proceso laboral e en que medida determina unha resolución favorable aos intereses de quen achega unha proba deste tipo.

**Palabras chave:** proceso laboral, proba, redes sociais, mensaxaría instantánea.

## Abstract

*One of the most important evidences that can be brought to a labour process is the documentary one. More and more often however, such proof is not contained in a classical document due to the generalized use of social networks. It is rather an element contained on a Smartphone such as a text sent through an instant messaging application (in particular, WhatsApp). What is proposed in this article is the potentiality that can be expressed through this application, how it can gain access into the process and whether or not it determines a ruling favourable to the interests of the party that provides it.*

**Keywords:** Labour process, Evidence, Social networks, Instant messaging.

## I. Aproximación inicial

1. É innegable que a inmensa maioría da poboación –e, por iso, dos traballadores– ten un *smartphone* ou, no que sería a denominación romance, un «teléfono intelixente»<sup>1</sup>, que emprega para o seu ocio, pero tamén, cada vez máis, para establecer comunicacións cos seus empregadores, clientes, compañeiros etc., e nese uso teñen lugar comportamentos, comunicacións etc., que poden ter transcendencia laboral (sexa disciplinaria, salarial ou doutro tipo). En definitiva, desde aquela primeira mensaxe enviada desde o ordenador do profesor Leonard Kleinrock no seu laboratorio da Universidade de California (UCLA) a outro localizado no Instituto de Investigación de Standford de San Francisco (SRI) utilizando a rede ARPANET<sup>2</sup>, o emprego das tecnoloxías da información e as comunicacións (TIC)<sup>3</sup> estableceuse como un elemento esencial no ámbito laboral para calquera empregado/a. Isto, alén de que tales tecnoloxías xa non só aparecen restrinxidas a aquelas empresas que están configuradas como de teletraballo<sup>4</sup>, ou outras que foron implementando o seu uso de maneira decidida desde hai uns anos<sup>5</sup>, con bastante aceptación a teor dos datos que se publican<sup>6</sup>, até alcanzar –conforme o Instituto Nacional de Estatística– o 27% das empresas en 2013<sup>7</sup>, xunto ás cales se

<sup>1</sup> España é o país europeo con máis teléfonos intelixentes: representan un 81% dos móbiles que se usan. Véxase VV. AA. (2015) *La sociedad de la información en España 2014*. Madrid/Barcelona, Fundación Telefónica/Ariel, p. 38. Dispoñible no enderezo web <<https://goo.gl/NW931F>>.

<sup>2</sup> Cfr. ABBATE, J. (1999) *Inventing the Internet*. Cambridge (MA), MIT Press, p. 43 e ss.

<sup>3</sup> Cfr. BELLOCH ORTÍ, C. (s. d.) [en liña] *Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*. Dispoñible no enderezo web <<https://goo.gl/B0jIwU>>. Aquí as TIC defínense como «o conxunto de tecnoloxías que permiten o acceso, produción, tratamento e comunicación de información presentada en diferentes códigos (texto, imaxe, son...)».

<sup>4</sup> As denominadas empresas de *telemarketing* serían un exemplo, mesmo as empresas que xestionan cursos en liña.

<sup>5</sup> Entre as grandes empresas que fixeron unha aposta polo teletraballo podería citarse Telefónica de España, SAU, coa cláusula 12 do seu convenio colectivo dos anos 2011-2013, publicado no *Boletín Oficial del Estado* n.º 186, do 4 de agosto de 2011, tras unha experiencia piloto en 2005; o BBVA, co seu específico Acordo colectivo do 27 de xullo de 2011; e Repsol YPF, SA. De feito, nesta última compañía implantouse en 2009 un programa piloto que, dado o seu éxito, en 2010 se integrou no IV Convenio colectivo de Repsol YPF SA (*Boletín Oficial del Estado* n.º 81, do 4 de abril de 2012), en concreto, no artigo 15.7, onde se dá unha regulación bastante completa da figura, os postos de traballo a que é aplicable, as condicións, a reversibilidade e outros elementos configuradores.

<sup>6</sup> Ao respecto poden consultarse TELEFÓNICA, SA (2015) [en liña] *Informe de sostenibilidad 2014*. Dispoñible no enderezo web <<http://goo.gl/aupZZc>>; e REPSOL YPF, SA (2012) [en liña] *El Libro Blanco del teletrabajo en Repsol*. Dispoñible no enderezo web <<https://goo.gl/qRr7Ea>>.

<sup>7</sup> Son datos do INE ([www.ine.es](http://www.ine.es)), de acordo cos cales en 2003 a porcentaxe era do 7%, e en 2012 era do 21,8%. Entre tanto, a media europa neste período roldaba o 35% ([www.eto.org.uk](http://www.eto.org.uk)).

poderían referir os programas piloto para a súa implantación na Administración xeral do Estado<sup>8</sup> ou na Administración autonómica<sup>9</sup>, senón que se poden predicar de calquera empresa indiferentemente da súa organización<sup>10</sup>. Enfrontámonos, é a outra cara da moeda da conectividade, a un novo Leviatán cun poder case omnímodo<sup>11</sup>, porque a presenza absoluta do novo universo dixital implica que se posúe unha capacidade suficiente para acaparar case todos os ámbitos do coñecemento; e será o ordenamento xurídico o que exerza o rol de temperar os excesos<sup>12</sup>, tendo en conta que, en caso contrario, poderíamos encontrarnos ante un panóptico tecnorresor<sup>13</sup>, debido a que os avances incontables nas áreas das TIC facilitan o acceso a unha información cada vez máis global e completa das persoas<sup>14</sup>, que traerá –salvo o seu rixido control– excesos<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> Véxase a Orde APU/1981/2006, do 21 de xuño, pola que se promove a implantación de programas piloto de teletraballo nos departamentos ministeriais.

<sup>9</sup> Por citar algún exemplo, poderían consultarse a Orde do 20 de decembro de 2013, conxunta da Vicepresidencia e Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza e da Consellería de Facenda da Comunidade Autónoma de Galicia, pola que se regulan a acreditación, a xornada e o horario de traballo, a flexibilidade horaria e o teletraballo dos empregados públicos neste ámbito (*Diario Oficial de Galicia* n.º 249, do 31 de decembro de 2013); a certificación AENOR que se lle outorgou ao teletraballo da Administración da Comunidade Autónoma de Castela-A Mancha (cfr. a nota de prensa do Goberno de Castela-A Mancha do 14 de setembro de 2014 titulada «El Teletrabajo de la Administración regional recibe la certificación AENOR», dispoñible no enderezo web <<http://goo.gl/NdF5T8>>); ou a Instrución do 6 de agosto de 2014, sobre a implantación do programa piloto da modalidade de teletraballo, da Administración da Comunidade Autónoma de Aragón (*Diario Oficial de Aragón* n.º 160, do 18 de agosto de 2014).

<sup>10</sup> Sobre o teletraballo, pode consultarse DE CASTRO MEJUTO, L. F. (2015) «La formación y promoción profesional de los teletrabajadores» en MELLA MÉNDEZ, L. e VILLALBA SÁNCHEZ, A. (coords.) *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*. Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 87-106.

<sup>11</sup> Cfr. GIANNI, V. (1990) *La sociedad transparente*. Barcelona, Paidós.

<sup>12</sup> Véxase GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2014) «Requiem por el derecho a la intimidad en los *smartphone*: análisis de la última jurisprudencia del TC contrastada con la del TEDH» *Revista Aranzadi Doctrinal* 9, pp. 61-83.

<sup>13</sup> Este concepto fai referencia, desde fai dous séculos, a un centro penitenciario ideal deseñado por Jeremy Bentham, que permitiría a un só garda observar centos ou miles de prisioneiros sen que estes soubesen que eran vixiados. Véxase BENTHAM, J. (1979) *El Panóptico*. Madrid, Las Ediciones de La Piqueta, p. 29 e ss.

<sup>14</sup> Fálase da fin da intimidade tal e como a viñemos entendendo. Cfr. WHITAKER, R. (1999) *El fin de la privacidad. Cómo la vigilancia total se está convirtiendo en realidad*. Barcelona, Paidós, p. 101 e ss.

<sup>15</sup> Sobre estes excesos, resulta moi interesante MUNÍN SÁNCHEZ, L. M. (2015) «Los poderes del empresario ante el teletrabajo: el control y sus límites» en MELLA MÉNDEZ, L. e VILLALBA SÁNCHEZ, A. (coords.) *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*. Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 107-128.

Á marxe desta última reflexión, ese emprego masivo derivou na creación –e extensión– das redes sociais, que irromperon con forza na vida das persoas e se converteron nun medio de socialización de uso case omnisciente no día a día. Ademais, todas elas (Facebook, Tuenti, Twitter, Tumblr, Flickr, Myspace, Ning, XING, Plaxo, hi5, Second Life, Instagram, LindeIn etc.) brindan un novo escenario onde a inmediatez, a transparencia e o concepto de comunidade achegan novas oportunidades para as tradicionais formas de comunicación, expresión ou divulgación<sup>16</sup>. Por tanto, o uso do *smartphone*, e en consecuencia das aplicacións –en inglés, *apps*–<sup>17</sup> que contén, está non só estendido, senón consolidado na práctica totalidade dos traballadores; e, por iso, en multitude de ocasións será preciso traer ao proceso laboral –cando se dirima un conflito de intereses entre os empresarios e os seus empregados– a constatación dunha determinada aplicación, un resultado, unha conversa levada a cabo a través da mensaxaría instantánea etc. Por exemplo, de se comunicar un cesamento a través dunha mensaxe, ou de se recibir unha orde ou instrución determinada, ou, en fin, se o/a traballador/a lle faltou ao respecto ao/á empresario/a ou cometeu calquera outra infracción laboral no emprego desa aplicación<sup>18</sup>.

De entre todas as aplicacións informáticas, polo emprego intensivo que se fai dela, vou centrarme especificamente no contido das comunicacións producidas a través de WhatsApp, mais o dito podería ser aplicable tamén a outras como LINE, Telegram,

<sup>16</sup> Véxase ORTIZ LÓPEZ, P. (2013) «Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal» en VV. AA. *Derecho y redes sociales*. Madrid, Civitas, p. 21.

<sup>17</sup> Dáselle o nome de aplicación móbil ou *app* a calquera aplicación informática deseñada para ser executada en teléfonos intelixentes, tabletas ou outros dispositivos móbiles. Con estas aplicacións preténdese axudar os usuarios no desempeño dunha tarefa concreta, xa sexa de carácter profesional ou de ocio Cfr. SANTIAGO, R.; TRABALDO, S.; KAMIJO, M. e FERNÁNDEZ, Á. (2015) *Mobile learning: nuevas realidades en el aula*. Grupo Océano, Barcelona, p. 8.

<sup>18</sup> Un caso curioso foi o resolto pola Sentenza do Xulgado do Social n.º 2 de Ferrol do 8 de xuño de 2011, ditada no auto 105/2011, sobre un despedimento. Un empregado dunha empresa de servizos publicou na súa bitácora persoal, de acceso libre e gratuito, un corte da parte final do filme *Der Untergang* –en España estreado como *El hundimiento*–, cun monólogo de Adolf Hitler traducido mediante subtítulos, como se fose o seu xefe quen falase. En boca do empresario caricaturizado como o referido ditador puxéronse expresións homófobas e misóxinas, que denigraban as mulleres e outros colectivos, alén de comentarios sobre a existencia de tratos de favor cara a determinados clientes e a forma de conseguir certos contratos na empresa para a que viña prestando os seus servizos. Neste asunto estableceuse a identidade do empregado a través da IP desde a cal se creara a bitácora, após a correspondente investigación, e a inferencia de determinadas circunstancias concorrentes (alugamento etc.). A devandita sentenza foi confirmada pola do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 23 de febreiro de 2012, no recurso 4927/2011.

Spotbros, WeChat, Hangouts, Snapchat ou Skype, en que se plasma un fio dentro dunha conversa mantida con outro ou outros usuarios.

2. A cuestión máis relevante en relación co emprego das redes sociais que fan os traballadores, desde o meu punto de vista, aínda que poden existir outras –que se apuntaron–, é como articular a achega da devandita manifestación (a captura de pantalla que reflicte o feito) ante un órgano xudicial, porque é certo que a conversa existiu e que se poderá mesmo declarar sobre ela, mais a súa incorporación –e consideración– como proba no proceso laboral terá que contar cunha vía específica que permita comprobar non só a súa autenticidade, senón que non foi alterada, respectando os dereitos dos interlocutores, para despois valorala como tal proba.

## II. A proba no proceso laboral

3. Como dicía unha coñecida –e cruel– máxima xurídica, nun preito non só cómpre ter razón, senón poder demostrala, e, sobre todo, que a sentenza nola dea<sup>19</sup>; isto é, o segundo elemento, que é a proba, adquirirá un papel estelar. É, en definitiva, un dos elementos esenciais no proceso xudicial e ten por obxecto a acreditación, demostración ou comprobación dos feitos –ou, máis exactamente, das afirmacións de feito– en que as partes apoian as súas respectivas pretensións e articulan as súas oposicións<sup>20</sup>. Tal comprobación é levada a cabo mediante a achega dos medios de proba<sup>21</sup> legalmente admitidos, que, tras a súa proposición, admisión e práctica, logran a convicción xudicial da súa certeza e a consecuente declaración razoada de feitos probados, conforme as regras de valoración establecidas no noso ordenamento<sup>22</sup>. Noutras palabras, a fase probatoria, que é o momento procesual durante o cal se practican ou realizan as probas,

<sup>19</sup> «Non sempre sentenza ben fundada quere dicir sentenza xusta, nin viceversa», en cita de CALAMANDREI, P. (2010) *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Madrid, Reus, p. 127.

<sup>20</sup> Véxase MONTERO AROCA, J. (2000) «Influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en la prueba del proceso laboral» en VV. AA. *Influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social*. Madrid, Consello Xeral do Poder Xudicial, p. 443.

<sup>21</sup> Entendidos como aqueles elementos de natureza procesual cuxa función é introducir no proceso datos da realidade que apoien as alegacións das partes e contribúan a convencer o/a xulgador/a.

<sup>22</sup> Véxase MONTERO AROCA, J. (1997) «Particularidades de la prueba en el proceso laboral. Procedimiento, objeto y medios. Especial referencia a la prueba documental» en VV. AA. *La prueba en el proceso laboral*. Madrid, Consello Xeral do Poder Xudicial, p. 188.

é a actividade procesual pola que se tende a alcanzar o convencemento psicolóxico do xulgador sobre a existencia ou non de determinados datos, ou a fixalos conforme unha norma legal. Porque –ademais– no proceso laboral non pode investigarse, a diferenza do que ocorre no penal, no ben, entendido que a investigación consiste en abrir unha porta para ver o que hai dentro, é dicir, pescudar como aconteceu un determinado feito (aínda que iso admitiría matices e, desde logo, non sería certo nunha tutela de dereitos fundamentais). Para probar, primeiro ha de afirmarse, e despois demostrarse que o que se afirmou é verdade<sup>23</sup>.

Concretamente no ámbito laboral, o punto 1 do artigo 90 da Lei reguladora da xurisdición social<sup>24</sup> establece sobre as probas admisibles no proceso laboral o seguinte (a cursiva é miña): «As partes, logo de xustificación da utilidade e pertinencia das dilixencias propostas, *poderanse servir de cantos medios de proba se encontren regulados na lei para acreditar os feitos controvertidos ou necesitados de proba*, incluídos os procedementos de reprodución da palabra, da imaxe e do son ou de arquivo e reprodución de datos, que deberán ser achegados por medio de soporte adecuado e poñendo á disposición do órgano xurisdiccional os medios necesarios para a súa reprodución e posterior constancia en autos»; mentres que o punto 4 do mesmo artigo sinala que (a cursiva é de novo miña) «cando sexa necesario para os fins do proceso *o acceso a documentos ou arquivos, en calquera tipo de soporte*, que poida afectar a intimidade persoal ou outro dereito fundamental, o xuíz ou tribunal, sempre que non existan medios de proba alternativos, poderá autorizar a dita actuación, mediante auto, logo de ponderación dos intereses afectados a través de xuízo de proporcionalidade e co mínimo sacrificio, determinando as condicións de acceso, garantías de conservación e achega ao proceso, obtención e entrega de copias e intervención das partes ou dos seus representantes e expertos, se é o caso». É evidente que este parágrafo cuarto do precepto resolve os problemas da chamada proba electrónica (registro de correos electrónicos, teléfonos intelixentes, ordenadores e arquivos, seguimento en redes sociais etc.), que poderá ser autorizada xudicialmente se se cumpren unha serie de requisitos, facendo expresa referencia á necesidade dun xuízo de proporcionalidade, amplamente desenvolvido na doutrina do Tribunal Constitucional, buscando un mínimo sacrificio e sempre que non existan medios de proba alternativos, polo que será necesario resolver non só sobre

<sup>23</sup> Cfr. MUÑOZ SABATÉ, L. (2007) *Introducción a la probática*. Barcelona, Bosch Editor.

<sup>24</sup> Lei 36/2011, do 10 de outubro, reguladora da xurisdición social. *Boletín Oficial del Estado* n.º 245, do 11 de outubro de 2011.

a autorización xudicial da medida, senón tamén sobre as garantías de conservación, achega ao proceso, entrega de copias e intervención de partes e expertos.

En calquera caso, a proba electrónica e o reflexo que ten no *smartphone* –ou na aplicación informática respectiva– é unha proba que parece ampararse na mención a *datos* do artigo 90.1 da Lei reguladora da xurisdición social, mais que seguirá os mesmos requisitos que os previstos para outra, é dicir, será necesaria unha proposición da devandita proba pola parte interesada na súa práctica –exhibición ante o xuíz do social–, que o xulgador a admita e, despois, a súa práctica; nos termos expresados polo artigo 87: «Admitiranse as probas que se formulen e se poidan practicar no acto, respecto dos feitos sobre os que non haxa conformidade [...], sempre que aquelas sexan útiles e directamente pertinentes ao que sexa o obxecto do xuízo e ás alegacións ou motivos de oposición previamente formulados polas partes no trámite de ratificación ou de contestación da demanda. [...] O xuíz ou tribunal resolverá sobre a pertinencia das probas propostas e determinará a natureza e clase de medio de proba de cada unha delas segundo o previsto no artigo 299 da Lei de axuizamento civil e nesta lei».

Porén, desde este punto de vista poden apreciarse –xa directamente– dúas circunstancias diferentes a respecto do resto de probas documentais –e parecidas a calquera outra de reprodución de imaxe e son–: unha, que o devandito elemento (conversa ou mensaxe, por exemplo) puidese vulnerar o dereito á intimidade dalgún dos intervinientes, en cuxo caso sería precisa a autorización xudicial; e, dúas, a forma en que se vai incorporar –e practicar– a devandita proba, posto que non vai ser posible nin a entrega do móbil nin a da tarxeta SD<sup>25</sup>, nin tampouco resultaría moi axeitada a simple visualización na pantalla do teléfono ou a transcripción. Así, será preciso articular un medio a través do cal poida darse viabilidade á práctica desta proba; sempre que se entenda que en si poida ser considerada como proba, porque algún sector da doutrina dubidou da súa realidade.

### III. As redes sociais e o proceso laboral. En particular, o WhatsApp

4. A cuestión é se a conversa de mensaxaría instantánea, e en concreto de WhatsApp, é ou non unha proba, que é o que se formulou como *leitmotiv* deste artigo científico. A

<sup>25</sup> Sigla de *secure digital*, que é un formato de tarxeta de memoria para dispositivos portátiles como, por exemplo, cámaras dixitais (fotográficas ou videogravadoras), teléfonos móbiles, computadoras e videoconsolas, entre moitos outros.



resposta ten que ser afirmativa, tendo en conta que a Lei 59/2003, do 19 de decembro, de sinatura electrónica, establece no artigo 3.5 o seguinte: «considérase documento electrónico a información de calquera natureza en forma electrónica, arquivada nun soporte electrónico segundo un formato determinado e susceptible de identificación e tratamento diferenciado». A isto engádesse no artigo 3.6.c) que o documento electrónico será tamén o soporte de documentos privados, e é nesta específica categoría de documentos que deberíamos encadrar as mensaxes de WhatsApp, pois, como predica o artigo 3.35 do Regulamento (UE) 910/2014 do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de xullo de 2014, relativo á identificación electrónica e os servizos de confianza para as transaccións electrónicas no mercado interior e polo que se derroga a Directiva 1999/93/CE, non deixa de ser un «contido almacenado en formato electrónico, en particular, texto ou rexistro sonoro, visual ou audiovisual» vinculado a un número de teléfono e a unha IMEI<sup>26</sup>, o que facilita a súa identificación. Para tales efectos, e como expresa o artigo 3.7 da lei citada, os documentos electrónicos terán «o valor e a eficacia xurídica que corresponda á súa respectiva natureza, de conformidade coa lexislación que lles resulte aplicable»<sup>27</sup>.

É máis, tanta é a súa consideración como proba –reveladora da súa difusión masiva, a que se facía referencia antes– que até as normas colectivas recollen previsións sobre o servizo. Por poñer dous exemplos, aínda que pode haber máis, o artigo 24 do Convenio colectivo do sector de industrias de aderezo, recheo, envasado e exportación de olivas de Sevilla<sup>28</sup> establece, no tocante aos traballadores que denomina fixos de carácter descontinuo, que «as chamadas ao traballo poderán realizarse por calquera medio admitido en dereito e en calquera caso sempre mediante a súa publicación no taboleiro de anuncios. A modo meramente enunciativo *serán válidos os chamamentos realizados por teléfono, SMS, ou WhatsApp ou email*» (a cursiva é miña); e, tamén, o artigo 30.n) do Convenio colectivo provincial para o sector de oficinas e despachos da provincia de Zamora<sup>29</sup> prohibe a utilización de «WhatsApp durante a xornada laboral,

<sup>26</sup> Sigla de *international mobile station equipment identity*, que é un código de función pregravado nos teléfonos móbiles dixitais. Este código, que identifica os aparatos de forma exclusiva no ámbito mundial, é transmitido á rede cando os terminais se conectan. Isto quere dicir, entre outras cousas, que a operadora que contratamos non só coñece quen e desde onde fai unha chamada grazas á tarxeta SIM (sigla de *subscriber identity module*), senón tamén desde que terminal telefónico a realiza.

<sup>27</sup> Cfr. MORALES VÁLEZ, C. (2016) [en liña] «La validez probatoria del whatsapp y su incorporación al procedimiento». Disponible no enderezo web <<https://goo.gl/aiBlAZ>>.

<sup>28</sup> Publicado no *Diario Oficial de la Provincia de Sevilla* n.º 134, do 12 de xuño de 2014.

<sup>29</sup> Publicado no *Diario Oficial de la Provincia de Zamora* n.º 52, do 2 de maio de 2014.

ben desde o móbil persoal ou móbil da empresa», e configura o devandito uso no artigo 32.b) como falta grave, sancionable con amoestación por escrito ou suspensión de emprego e soldo de dous a vinte días.

O anterior supón a demostración de que a mensaxaría instantánea non só é un medio de proba válido, malia non se considerar na Lei reguladora da xurisdición social de maneira específica, senón que xa tivo plasmación normativa; non obstante o cal, habería que cumprir unha serie de regras para o seu uso. E é medio de proba válido porque serve para efectuar chamamentos e revelar un comportamento ilícito, de tal forma que se se constatase que se levou a cabo o primeiro ou se empregou ese servizo, nos dous exemplos normativos que recollín, é evidente que comportaría un efecto –o previsto en cada caso–, mais esixiría que, para poder considerarse polo xuíz, tivese que darse forma ao devandito «contido almacenado en formato electrónico» do cal escribía antes.

**5.** Porque, para poder incorporar ao proceso unha conversa de WhatsApp como documento, sería preciso que se achegase non só a copia en papel da captura de pantalla, senón unha transcripción da conversa e a comprobación de que esta se corresponde co teléfono e co número pertinentes (a través das xa coñecidas IMEI). Estes serían os requisitos básicos para achegar a proba do WhatsApp, que poderían atoparse con serias dificultades se o outro interlocutor –que polo xeral será a outra parte procesual– nega o seu contido ou alega a vulneración dun dereito á intimidade ou ao segredo das comunicacións<sup>30</sup>, ou se, simplemente, se nega a que o seu móbil poida ser cotexado ou verificado. Daquela, e apurando as consideracións sobre a proba de mensaxaría instantánea para que poida chegar a aceptarse como documento ou mensaxe deste tipo (algo diferente ao seu valor probatorio), a xurisprudencia<sup>31</sup> fixou unha serie de posibilidades concretas, que terán que ver coa posición da parte contraria a respecto da devandita incorporación:

<sup>30</sup> Habería que lembrar que non se vulnera o dereito ao segredo das comunicacións cando a persoa que grava a conversa é un dos interlocutores, de acordo coa doutrina sentada ao respecto pola Sentenza do Tribunal Constitucional 114/1984, do 29 de novembro. Por todas, véxase a Sentenza do Tribunal Supremo do 20 de novembro de 2014, no recurso de casación 3402/2012.

<sup>31</sup> Por todas, véxase a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 28 de xaneiro de 2016, no recurso 4577/2015.

a) **Primeira posibilidade.** A incorporación da mensaxe ou charla electrónica (*chat*)<sup>32</sup> prodúcese sen máis, se a parte interlocutora da conversa non impugna a conversa, co que consentirá tanto na revelación do seu contido como no seu emprego como proba no proceso.

b) **Segunda posibilidade.** A incorporación ten lugar, pois ambos os interlocutores recoñecen a conversa e, tamén, o seu contido.

c) **Terceira posibilidade.** A outra parte nega a súa existencia ou o seu contido, mais conséguese comprobar a súa realidade mediante o cotexo co outro terminal implicado (exhibición), de tal forma que se acredita a veracidade de tal comunicación; é dicir, compróbase que un e outro móbil recollen a conversa ou a mensaxe nos mesmos termos.

Este suposto requirirá autorización xudicial, conforme ao artigo 90.4 da Lei reguladora da xurisdición social, de acordo co cal (a cursiva é miña): «cando sexa necesario para os fins do proceso *o acceso a documentos ou arquivos, en calquera tipo de soporte*, que poida afectar a intimidade persoal ou outro dereito fundamental, o xuíz ou tribunal [...] poderá autorizar a dita actuación, mediante auto».

d) **Cuarta posibilidade,** subsidiaria das anteriores. Non se pode comprobar o terminal porque ben non existe, ben non se localiza ou ben non se autoriza xudicialmente, ao se entender que existen outros medios –salvidade prevista no citado precepto procesual– para acreditar o feito.

Entón cumprirá que se practique unha proba pericial que acredite a autenticidade e o envío da conversa. Incluso cabe unha posibilidade extrema, se é que o obrigado mantén unha reticencia contumaz a entregala e non se pode cotexar, aínda que neste caso non creo que sexa preciso acudir á proba pericial, senón que bastará con acudir á regra do artigo 94.2 da Lei reguladora da xurisdición social: «se non se presentaren sen causa xustificada, poderanse considerar probadas as alegacións feitas pola contraria en relación coa proba acordada».

6. O único risco que pode formularse –que parece excluírse a través desta última posibilidade– é o da manipulación da mensaxe ou da charla electrónica<sup>33</sup>, porque

<sup>32</sup> En galego, charla ou conversa electrónica. Designa unha conversa escrita entre dúas ou máis persoas conectadas á rede en que as mensaxes se transmiten de maneira instantánea mediante o uso dun software.

<sup>33</sup> Véxase PÉREZ ASTUDILLO, N. E. (2015) «Los medios telemáticos como prueba de cargo en el proceso» *Cuadernos Digitales de Formación* 3, p. 6.

existen aplicacións que permiten crear *ex novo* mensaxes de texto, editar as recibidas ou simular o envío e recepción de SMS<sup>34</sup>, mesmo alterar as horas de envío e recepción. A propia Asociación de Internautas<sup>35</sup> alerta sobre a existencia destas aplicacións, que poden ser doadamente empregadas por persoas leigas en informática, e que son capaces de burlar calquera análise forense informática, entre elas, WhatsApp Toolbox, Fake SMS Sender, SQLite Editor etc.<sup>36</sup> A devandita asociación, tras expoñer varios exemplos de como efectuar diversas manipulacións<sup>37</sup>, conclúe que «existen tecnoloxicamente formas de falsificar, crear e modificar tanto SMS (mensaxes curtas) como mensaxes de WhatsApp, sen ter coñecementos técnicos previos nin ser un experto profesional de calquera abano do campo informático. As técnicas descritas no informe son capaces de burlar calquera análise forense informática e, por tanto, hai que ter coidado xuridicamente coas probas achegadas, porque nos podemos encontrar con probas falsas, manipuladas ou creadas».

A xurisprudencia xa indicou<sup>38</sup> que «o anonimato que autorizan tales sistemas e a libre creación de contas cunha identidade finxida<sup>39</sup>, fan perfectamente posible aparentar unha comunicación en que un único usuario se relaciona consigo mesmo. De aí que a impugnación da autenticidade de calquera desas conversas, cando son achegadas á causa mediante arquivos de impresión, despraza a carga da proba cara a quen pretende aproveitar a súa idoneidade probatoria. Será indispensable en tal caso a práctica dunha proba pericial que identifique a verdadeira orixe desa comunicación, a identidade dos interlocutores e, en fin, a integridade do seu contido». A cuestión pasa, daquela, á fase de valoración, a que farei referencia no parágrafo seguinte, porque será o xuíz quen valore as posibilidades de que se producise unha manipulación, en que medida esta podería afectar á veracidade do «documento» e se é posible que a devandita manipulación se revele a través dunha análise pericial informática, mediante o exame dos terminais.

<sup>34</sup> Sigla de *short message service*.

<sup>35</sup> Véxase, por exemplo, ASOCIACIÓN DE INTERNAUTAS (2014) [en liña] *El 40% de los 'whatsApps' y SMS usados en juicios son falsos*. Disponible no enderezo web <<https://goo.gl/M2tgaw>>.

<sup>36</sup> Véxase ASOCIACIÓN DE INTERNAUTAS (2016) [en liña] *¿Se pueden manipular bajo el control de un virus troyano nuestros SMS y WhatsApp?* Disponible no enderezo web <<https://goo.gl/CV7SFq>>.

<sup>37</sup> Ídem.

<sup>38</sup> Véxase a Sentenza da Sala do Penal do Tribunal Supremo do 19 de maio de 2015, no recurso por infracción da lei 2387/2014.

<sup>39</sup> Referíase á rede social Tuenti.

7. Distinto do anterior –proposición e práctica da proba– é a fase seguinte, que é unha facultade tipicamente xurisdiccional: a valoración da proba. En concreto, o artigo 97.2 da Lei reguladora da xurisdición social sinala que «apreciando os elementos de convicción, [a sentenza] declarará expresamente os feitos que considere probados, facendo referencia nos fundamentos de dereito aos razoamentos que o levaron [ao xuíz] a esta conclusión, en particular cando non recolla entre eles as afirmacións de feitos consignados en documento público achegado ao proceso apoiados por presunción legal de certeza». Noutras palabras, o criterio valorativo debe ser sobre o conxunto da proba e, ademais, a valoración da proba ha de levarse a cabo conforme as regras da sa crítica<sup>40</sup>. Iso implica que o xulgador de instancia ten que realizar inferencias lóxicas da actividade probatoria levada a cabo, o que exclúe deducións arbitrarias, irracionais ou absurdas<sup>41</sup>, ao respecto do cal se afirmou<sup>42</sup> que a facultade de libre apreciación da proba outorgada ao xuíz de instancia non pode converterse nun instrumento que permita chegar a conclusións fácticas inadmisibles ou contrarias á lóxica xurídica, e que a súa libre apreciación debe ser ademais razoada para que as partes poidan coñecer o proceso de dedución lóxica do xuízo fáctico seguido polo órgano xudicial<sup>43</sup>. E será apreciando o conxunto de probas, incluída a conversa ou mensaxe de WhatsApp, cando o xulgador deberá extraer a consecuencia sobre o feito que se trata de demostrar a través dela.

Isto significa que, nese acto íntimo de valoración ou inferencia, o xulgador deberá outorgar valor ao que expresa a mensaxe –e a súa manifestación como captura–, de tal forma que decida se o feito queda ou non probado, e, por tanto, se o incorpora ao relato histórico da sentenza ou o emprega para os fins de atinxir unha determinada conclusión ou cubrir as esixencias do suposto de feito da norma que resolve o conflito presentado.

#### IV. Conclusións

8. Como en tantos outros ámbitos, a realidade anticipase sempre ás normas xurídicas, e, así, a xeneralización do uso das novas tecnoloxías, en particular, as que teñen a ver

<sup>40</sup> Véxase a Sentenza do Tribunal Constitucional 272/1994, do 17 de outubro.

<sup>41</sup> Véxase a Sentenza do Tribunal Constitucional 175/1985, do 15 de febreiro.

<sup>42</sup> Son palabras da Sentenza do Tribunal Supremo do 31 de maio de 1990, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi* 1990/4524.

<sup>43</sup> Véxase a Sentenza do Tribunal Constitucional 24/1990, do 15 de febreiro.

cos teléfonos intelixentes (*smartphones*), xa de uso masivo entre os particulares –e os traballadores–, esixe que o noso ordenamento teña en conta tamén a súa existencia dun modo máis específico, que se adapte ás finalidades para as que serven estas tecnoloxías, sobre todo como medio de proba de determinados feitos e no tocante á súa efectiva incorporación ao proceso laboral.

Foi a xurisprudencia a que tivo que fixar as condicións en que ese «contido almacenado en formato electrónico» –xa unha mensaxe, xa un fío dunha charla electrónica– pode acceder ao proceso, establecendo sucesivas posibilidades de actuación ante os impedimentos que puidesen xurdir; e iso, sen prexuízo da valoración que se puidese dar con posterioridade á devandita proba, e sen perder o horizonte dunha posible manipulación do instrumento en que se reflectiu a mensaxe, que só se evita mediante a correspondente proba pericial (e, ás veces, nin con ela).