

RECEBIDO EM: 01/04/2021

APROVADO EM: 17/05/2021

# REDES SOCIALES Y PRUEBA EN EL PROCESO SOCIAL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS Y EVENTUAL VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES

*SOCIAL MEDIA AND EVIDENCE IN THE SOCIAL  
PROCESS: CONTROVERTED ASPECTS AND EVENTUAL  
VIOLATION OF THE HUMAN RIGHTS*

*Eduardo Enrique Taléns Visconti  
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Valencia (España).*

**SUMARIO:** 1. Conceptualización y volatilidad de la prueba; 2. Los problemas relacionados con la volatilidad de la prueba basada en redes sociales; 3. Problemas relacionados con la autenticidad de la prueba basada en redes sociales; 4. Problemas relacionados con la autoría de la prueba basada en redes sociales; 5. La eventual afectación de los derechos fundamentales por la prueba obtenida de publicaciones en redes sociales; 5.1. El derecho a la intimidad; 5.2. El secreto de las comunicaciones; Referencias.

**RESUMEN:** La reciente irrupción y expansión del uso de las redes sociales plantea una serie de problemas jurídicos en diferentes áreas del Derecho. Las relaciones laborales no son ajenas a las nuevas cuestiones que se suscitan en relación con las redes sociales. De tal suerte que pueden ser el instrumento de prueba para dirimir aspectos del contrato de trabajo. En este sentido, en el presente estudio trato de arrojar luz sobre algunos aspectos nucleares de la prueba basada en publicaciones vertidas en redes sociales dentro del proceso social. Así, de un lado, en primer lugar, trataré cuestiones relativas a la volatilidad, autenticidad y autoría de los comentarios. De otro lado también me detendré en la eventual vulneración sobre los derechos fundamentales a la hora de obtener este tipo de pruebas.

**PALABRAS CLAVE:** Redes Sociales. Prueba. Proceso judicial. Autenticidad. Volatilidad. Autoría. Derechos Fundamentales.

**ABSTRACT:** The recent emergence and expansion of the use of social networks raises a series of legal problems in different areas of law. Labor relations are not alien to the new issues that arise in relation to social networks. In such a way that they can be the test instrument to settle aspects of the employment contract. In this sense, in the present study I try to shed light on some core aspects of the test based on publications made on social networks within the social process. So, on the one hand, first of all, I will deal with issues relating to volatility, authenticity and authorship of the comments. On the other hand, I will also focus on the eventual violation of fundamental rights when obtaining this type of evidence.

**KEYWORDS:** Social Media. Evidence. Judicial Process. Authenticity. Volatility. Authorship. Human Rights.

## 1. CONCEPTUALIZACIÓN Y VOLATILIDAD DE LA PRUEBA

Si las cuestiones de derecho sustantivo relacionadas con el uso de las redes sociales en el ámbito laboral provocan bastantes dudas e inconsistencias, los aspectos procesales no son, ni mucho menos, algo pacífico. La novedad y la proliferación en la utilización masiva de estas plataformas abre una serie de interrogantes bastante complejos en relación con los aspectos probatorios. Esto es así porque, normalmente, las redes sociales son la vía a través de la cual se detecta un ilícito laboral, o lo que es lo mismo, estas plataformas son, habitualmente, el medio de prueba para acreditar un hecho dentro del proceso social (NORES TORRES, 2016).

Los sistemas de comunicación analizados –redes sociales de todo tipo– están presentes en la vida cotidiana de las personas, razón por la cual, cabe plantearse su legalidad a la hora de acreditar hechos con relevancia laboral en el seno de la jurisdicción social (también, claro está, dentro de otros órdenes jurisdiccionales). Por el momento, los pronunciamientos que han advertido los problemas procesales de los medios de prueba basados en evidencias plasmadas en redes sociales no son todavía muy numerosos, siendo más bien escasos. Es dentro de la jurisdicción penal donde podemos encontrar más ejemplos, puesto que las redes sociales son el medio de prueba para constatar varios delitos relacionados con el abuso de menores, con la violencia de género, las amenazas, el “ciberacoso”, etc. En el ámbito de la jurisdicción social los pleitos laborales en los que las redes sociales actúan como telón de fondo no han llegado, ni siquiera, a conocimiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (salvo en algunos autos en los que no se ha apreciado la necesaria contradicción). Con todo, de lo que no me cabe ninguna duda es que el problema de la prueba obtenida a través de las redes sociales tiene un recorrido judicial práctico más que evidente, por lo que, en un corto periodo de tiempo tendremos más pronunciamientos sobre los que existirá una diferencia de criterios sobre las que el Tribunal Supremo estará llamado a la unificación. Junto con ello, opino que de forma paulatina van a ir apareciendo nuevos interrogantes jurídicos y otra serie de matices sobre los aspectos procesales relacionados con las cuestiones relativas a la prueba basada en publicaciones vertidas en las redes sociales.

Una primera duda que surge en esta sede, absolutamente superada en la actualidad, pasa por la admisibilidad o no de las redes sociales como medio de prueba en el seno de la jurisdicción social. En este sentido, no existen demasiados inconvenientes a la hora de admitir como prueba dentro del proceso social la presentación de aquellos documentos, archivos o fotografías publicados en una red social, puesto que la amplitud con la

que está redactado el artículo 90.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) así lo parece aconsejar<sup>1</sup>. De entrada, cabe apuntar que la aportación de dispositivos de telefonía móvil o bien capturas de pantalla de conversaciones y comentarios reflejados en las redes sociales son perfectamente admisibles como mecanismos probatorios. No es de extrañar, por tanto, que a día de hoy podamos encontrar un nutrido número de pronunciamientos judiciales dónde, de una forma u otra, las redes sociales se han utilizado para probar ciertos comportamientos o hechos con repercusión jurídico-laboral.

La segunda consideración que merece la pena destacar en este momento pasa por la conceptualización de las redes sociales como medio de prueba, es decir, intentar despejar las eventuales controversias suscitadas en torno a su naturaleza jurídica. En mi opinión, como las redes sociales son plataformas digitales en las que los usuarios comparten ideas, comentarios, fotografías y se relacionan entre sí, entiendo que entran dentro del concepto de “prueba electrónica”. Considero que forman parte de este concepto con independencia del formato en el que se presente la información en el proceso: ya sean fotografías, vídeos, mensajes, etc. (FERRANDO GARCÍA, 2016).

Ante el silencio que guarda la LRJS sobre el particular, entiendo que debemos acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil para determinar la naturaleza jurídica de la prueba electrónica. En este sentido, el art.299.1 LEC contempla un elenco de medios probatorios clásicos o tradicionales, a saber: interrogatorio de las partes, documentos públicos y privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos. Por su parte, en el apartado segundo prevé la posibilidad de aportar como prueba en el proceso “los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase”. Todos estos medios, que he concentrado en la utilización del término “prueba electrónica” formar parte, según la LEC, de un concepto autónomo y separado. Esto es así porque no entran dentro de la clasificación establecida en el apartado primero del indicado precepto. El mantenimiento de esta postura significa, en principio, que la prueba basada en redes sociales no será tratada como un documento, con

---

1 Según dispone el artículo 90.1 LRJS: “las partes, previa **justificación de la utilidad y pertinencia** de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”.

las evidentes repercusiones que de ello se deriva a la hora de poder acceder a la revisión de hechos probados en el recurso de suplicación. Además, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 382.3 LEC, la prueba electrónica debe de ser valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Con todo, no cabe perder de vista como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dado recientemente un paso decisivo sobre el tema de la naturaleza jurídica de las pruebas electrónicas, admitiendo su consideración como documento en el caso particular de un correo electrónico. Podemos ver esta sustancial evolución en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020<sup>2</sup>. En el mencionado pronunciamiento judicial puede leerse lo siguiente:

el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). Si no se postula un concepto amplio de prueba documental, llegará un momento en que la revisión fáctica casacional quedará vaciada de contenido si se limita a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo. En consecuencia, debemos atribuir la naturaleza de prueba documental a los citados correos electrónicos obrantes a los folios 730, 731 y 505 de las actuaciones. Ello no supone que todo correo electrónico acredite el error fáctico de instancia, al igual que sucede con los documentos privados. Para ello será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique; si ha sido autenticado, en su caso; y si goza de literosuficiencia. (STS de 23 jul. 2020).

Por lo tanto, parece que el Tribunal Supremo acepta que el correo electrónico sea tratado como un documento a los efectos probatorios. Esto significa que, entre otras cuestiones, podrá ser objeto de revisión a través del recurso de suplicación. Ello no quiere decir, ni mucho menos,

---

2 STS de 23 de julio de 2020, rec.239/2018. En dicha sentencia se puede leer lo siguiente: "Hay que distinguir entre medios de prueba y fuentes de prueba. Medios de prueba son los instrumentos de intermediación requeridos por el proceso para la constancia material de los datos existentes en la realidad exterior; mientras que la fuente de prueba se refiere a la fuente de información del mundo exterior que está en capacidad de ofrecer el medio de prueba. Las fuentes de prueba que se incorporan al proceso a través de los medios de prueba son ilimitadas (art. 299.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -en adelante LEC). La LEC sanciona el carácter de *numerus apertus* de las fuentes de prueba, pero los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la LEC. La controversia radica en determinar si la concisa regulación de estos medios probatorios establecida en la LEC (arts. 299.2 y 382 a 384) configura unos medios de prueba autónomos, es decir, unos complejos normativos completos, o si dichas normas no constituyen medios de prueba independientes sino que deben ponerse en relación con la prueba documental".

que la revisión prospere, pues para ello se precisarán observar una serie de cuestiones, pero el hecho de que pueda acceder a la suplicación, sin que sea negada raíz, supone un importante avance en la doctrina del Tribunal Supremo. Cabe ahora plantearse si esto será de aplicación a otro tipo de pruebas electrónicas distintas al correo, particularmente, las redes sociales. A falta de evolución judicial sobre el tema, de la lectura de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 parece advertirse un cambio de tendencia, pero entiendo que no toda publicación en una red social cabe entenderla como prueba documental. Por ejemplo, considero que una conversación de Whatsapp difícilmente podrá revestir una condición de documento, aunque es posible que en una interpretación amplia sobre la doctrina del Tribunal Supremo quepan estos y otros medios de comunicación.

Por lo que respecta a las bondades de la prueba electrónica, cabe apuntar que la misma presenta evidentes ventajas en tanto en cuanto que suele ofrecer una información “objetiva, clara, precisa, completa y neutra” (BUENO MATA, 2014, p. 172). Ahora bien, siempre y cuando dicho material no haya sido manipulado, extremo sobre el que volveré más adelante en profundidad. De tal manera, que a través de este medio probatorio se suelen eliminar las inconsistencias, cambios de criterio y subjetividad que suelen presentar las declaraciones testificales. También tiene la ventaja de que su conservación y almacenamiento suelen ser bastante sencillos. Con todo, en el concreto caso de los comentarios y conversaciones mantenidas en redes sociales nos podemos encontrar con serios problemas con respecto a su volatilidad (SELMA PENALVA, 2014), aunque sobre este punto pueden aparecer tres problemas adicionales:

- el primero está relacionado con la autenticidad del emisor y receptor del mensaje, es decir, que el autor del envío de estos mensajes sea el empresario o el trabajador sancionado;
- el segundo guarda relación con la integridad del mensaje, es decir, que la conversación (su contenido) sea real y, por ende, no haya sido manipulada;
- el tercero consiste en que en el momento de la vista oral es muy probable que el texto ya haya sido eliminado (la ya mencionada volatilidad). Así, en definitiva, la volatilidad, entendida como la facilidad de destruir o borrar la prueba y la facilidad de manipulación, demuestran la vulnerabilidad de estos medios (BUENO MATA, 2014).

## **2. LOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA VOLATILIDAD DE LA PRUEBA BASADA EN REDES SOCIALES**

Comenzando por comentar aspectos relaciones con la volatilidad, cabe aseverar que, cuando un trabajador realiza un comentario en abierto y es consciente de que el mismo le puede situar en una situación comprometida, puede optar por eliminarlo sin demasiadas dificultades. La rápida supresión de los mismos o, incluso, la desactivación de una cuenta de usuario en alguna de estas plataformas digitales constituye un primer problema de inseguridad jurídica de la prueba. De este modo, la falta de permanencia es un rasgo que dificulta la facultad probatoria cuando, una vez llegado el juicio, el contenido ya hubiera desaparecido.

Ante la falta de poder acreditar el contenido de la publicación a través de la exhibición del dispositivo digital, la solución pasa por aportar al proceso una fotografía o un “pantallazo” (captura de pantalla) que muestre el contenido de la publicación eliminada. Con todo, en principio, el medio de prueba más fiable consiste en la aportación en el acto del juicio del soporte electrónico (ordenador o teléfono móvil) donde se pueda observar el comentario publicado o la conversación mantenida por redes sociales. El dispositivo móvil puede ser aportado como prueba, siendo el juez quien, por medio del principio de inmediación, inspeccionará el contenido de los mensajes. Pero, tal y como ya he anticipado, en algunos supuestos será inevitable aportar una captura de pantalla o la fotografía de la pantalla del ordenador.

En definitiva, puede darse la circunstancia que, en el momento del juicio, no tengamos prueba. Para evitar esta cuestión resulta necesario actuar con prontitud conservando una copia del comentario publicado en redes sociales, entre ellas, el ya mencionado “pantallazo”, sobre el que sobrevuelan otra serie de problemas a los que aludiré más adelante.

## **3. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA AUTENTICIDAD DE LA PRUEBA BASADA EN REDES SOCIALES**

Por lo que respecta a la autenticidad de lo manifestado a través de las redes sociales, la solución más sencilla consiste en interrogar a las partes, debiéndose de otorgar plena validez al contenido de la publicación cuando la persona que ha realizado la publicación admite ser el titular de la cuenta y suscribe ser la autora del comentario. En el caso de que el comentario sea unilateral, por ejemplo, cuando un trabajador expresa su opinión en el Facebook (u otra red social), bastará con su declaración de autenticidad reconociendo ser el titular de la cuenta y la

persona que lo escribió. Por su parte, cuando se trate de una conversación, por ejemplo, mantenida por la aplicación de Whatsapp, será necesario que ambas partes reconozcan la autoría y la realidad de los mensajes. Cuando esta situación se produzca, en principio, considero que el juez de lo social debe de otorgar valor al interrogatorio de partes. En este sentido, la falta de impugnación por parte del emisor y del receptor puede ser valorada como una aceptación “tácita” de la autenticidad y validez de la publicación (ARMENTA DEU, 2018).

La cuestión se torna bastante más compleja cuando alguna de las partes cuestiona la veracidad de los mensajes. Para dar solución a este problema creo que es necesario aportar ciertas garantías sobre la autenticidad, la existencia y la veracidad de la publicación. Para ello, entiendo que será interesante contar con un acta notarial que refleje el contenido del mensaje, dando valor al “pantallazo”, constatando su existencia. Con todo, la certificación otorgada por el fedatario público es necesaria, pero insuficiente, toda vez que puede acreditar el contenido, pero no la autenticidad, es decir, si el mensaje ha sido escrito por el titular de la cuenta o por un tercero. Para intentar paliar esto también será interesante aportar una prueba pericial informática que revele la inexistencia de alteraciones sobre el contenido (CERVILLA GARZÓN, 2016). De lo que se trata es, en suma, de aportar al proceso judicial una prueba adicional que proporcione mayores garantías sobre el hecho de que la conversación no ha sido manipulada. No cabe desconocer que los riesgos de manipulación son relativamente sencillos en la actualidad, tanto por la existencia de programas informáticos que pueden interferir en los datos, así como por el fácil acceso que un teléfono móvil puede tener para terceros.

Aunque relativo a un caso de transcripción, en papel, de unos correos electrónicos, el Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona, en su sentencia de 31 de marzo de 2017, argumentó que:

si la parte contraria no impugna el correo y su volcado en soporte impreso, bien puede considerarse que implica la admisión de su contenido. Pero, si la parte contraria, los impugna y reconoce su validez y eficacia probatoria, quien los aportó al proceso deberá acompañar una prueba pericial que garantice la autenticidad e integridad de los correos y su contenido (JS núm. 3 Pamplona 31-3-17, núm. 74/17).

De otro lado, aunque no se trate de una sentencia que resuelva un litigio laboral, comparto el criterio mantenido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de mayo de 2015 (EDJ 77775) que, a la hora de valorar la admisión de la prueba de un “pantallazo” sobre la conversación mantenida por teléfono móvil considero que la impugnación de la autenticidad,

cuando son aportados a la causa mediante archivos de impresión, “desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria”. Por lo tanto, cuando una de las partes impugne la autenticidad del mensaje vertido a través de una red social, debe de ser la contraparte la que intente despejar estas dudas, probando la veracidad de la conversación.

Esta prueba puede consistir, perfectamente, en la manifestación por parte de un perito informático que identifique el origen del mensaje, identidad de los interlocutores y, en definitiva, la integridad de su contenido. También es aconsejable la aportación de un acta notarial que deje constancia fehaciente del contenido del mensaje, para evitar el riesgo de que en el momento del juicio el mismo haya sido eliminado. Dicha prueba tiene la consideración de documento público (art.317.2 LEC). De esta forma, el contenido del mensaje proferido a través de una aplicación de teléfono móvil hará “prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella” (art.317.2 LEC). Ahora bien, el notario simplemente debe contrastar la veracidad de un comentario, pero no puede determinar quién ha sido el verdadero emisor del mismo (NORES TORRES, 2016), extremo que debe de ser completado con el informe del perito informático anteriormente aludido. En consecuencia, en mi opinión, es la conjunción de ambas pruebas la que puede arrojar cierta luz acerca de la veracidad y falta de manipulación del contenido de un mensaje cuando una de las partes no admite ser el autor del mismo.

En último término, por lo que respecta a la realidad del contenido de un mensaje, ya he comentado con anterioridad que el notario puede dar fe de que el dispositivo electrónico existe una conversación, dando fe de lo allí expresado, pero no así de su eventual manipulación (BORGES BLÁZQUEZ, 2018).

Dado que estos sistemas también admiten notas de audio, es posible que quepa proponer como prueba el reconocimiento de la voz del emisor del mensaje. En cualquiera de los supuestos, parece que es necesario aportar un informe pericial que identifique el teléfono emisor de los mensajes, salvo que, nuevamente, las partes acrediten dicha remisión (GUTIÉRREZ ROMERO, 2018). También será posible que los mensajes sean conocidos por el entorno del receptor, porque se haya podido reenviar, teniendo acceso, por ende, a su contenido. En estos casos también se pueden disipar ciertas dudas acerca de la autenticidad acudiendo a la prueba testifical de terceros y que sean conocedores del mismo. Podría utilizarse esta técnica en los casos en los que el comentario objeto de la controversia se haya manifestado en un grupo de Whatsapp, indicándose por la doctrina que en estos casos cabría interesar la aportación de otros dispositivos electrónicos de personas que participen en dicho grupo. Esto podría reflejar que

el mensaje de origen no ha sido manipulado (BORGES BLÁZQUEZ, 2018). No en vano, para ello, el autor no debe de haber eliminado los mensajes, en cuyo caso se podrían presentar los eventuales “pantallazos” efectuados por esas terceras personas participantes del grupo de Whatsapp. Por su parte, en el caso particular de Whatsapp, la prestadora del servicio no puede certificar el contenido de mensajes enviados o recibidos, por lo que se tiene que aportar el dispositivo electrónico usado para la conversación (ARMENTA DEU, 2018) (o una captura de la pantalla o “pantallazo”). Otras compañías que gestionan las redes sociales, como, por ejemplo, Twitter o Facebook, tampoco pueden certificar el contenido, pero sí llegar a facilitar, con las debidas cautelas, el usuario que está detrás de una cuenta falsa o que actúa bajo pseudónimo cuando existan dudas acerca de la autoría de una publicación.

En cualquier caso, me gustaría aclarar que, en principio, la manipulación del mensaje no debería de determinar la exclusión total de la prueba. La nulidad de la prueba se predica en los casos en los que la misma ha sido obtenida violando algún derecho fundamental. En estos supuestos, a simple vista, no parece que exista vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones desde el momento en el que, en la mayoría de casos, la aportación de la prueba al proceso viene propuesta por la propia persona titular del dispositivo electrónico en cuestión (GUTIÉRREZ ROMERO, 2018).

#### **4. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA AUTORÍA DE LA PRUEBA BASADA EN REDES SOCIALES**

Conectando con la última idea expresada, me referiré a continuación a comentar los problemas que suscita la autoría del comentario vertido a través de las redes sociales, puesto que, para poder despedir (o sancionar) a alguien hay que saber con total claridad quien es la persona que está detrás del mismo, cuestión que no siempre resulta fácil de determinar.

En primer lugar, puede darse el caso de que la persona que publica un comentario actúe bajo un pseudónimo. En segundo lugar, también puede suceder que el apelativo de su perfil en una red social no coincida con su nombre real. En ambos supuestos, el obstáculo principal radica en averiguar quien actúa detrás de esa cuenta, cuestión que se revela algo más sencilla si el titular de la misma se maneja con su nombre real. Si bien, cuando el nombre del perfil de la cuenta no coincida con el nombre real se deben de utilizar varias conjeturas que lleven al convencimiento sobre quien es la persona que ha vertido el comentario o ha subido la fotografía, etc. Uno de los principales elementos de comprobación consiste en el conocimiento de la IP del ordenador desde el que se ha efectuado

la conducta sancionada (o del dispositivo móvil). Para dar con la IP, lo más frecuente es que la empresa contrate a un perito informático. Otra posibilidad consiste en contactar con la empresa que gestiona la red social, solicitándole los datos de la persona que figura como titular de la cuenta cuyo perfil actúa bajo pseudónimo (con las dudas que puede suscitar esta cuestión en materia de protección de datos). En último término, cuando los comentarios puedan ser susceptibles de calificarse como delito, la cuestión puede ponerse en manos de la policía nacional y denunciarse por la vía penal. En este último escenario, cuando la jurisdicción penal se entrelaza con la medida disciplinaria practicada por el empresario puede surgir un problema procesal añadido, consistente en la prescripción de la sanción de la falta laboral y del plazo para poder interponerla. En este sentido, cabe poner de relieve que la denuncia interpuesta ante la policía nacional interrumpe la prescripción del plazo para poder despedir al trabajador, especialmente, cuando el empresario desconoce por completo la persona que actúa bajo un pseudónimo. Cuando el trabajador oculta la comisión de un ilícito dicha actuación torticera no puede afectar, desde mi punto de vista, al plazo que tiene el empresario para reaccionar frente a la conducta, de acuerdo con lo dispuesto por art.60 ET. El plazo no comenzará a computar hasta que el empresario tenga conocimiento de la persona a la que debe de sancionar.

En relación con la utilización de un pseudónimo en la cuenta de usuario de redes sociales, cabe tener en cuenta el asunto resuelto por el TSJ Valladolid, de 21 de abril de 2010. En este supuesto, el trabajador utilizó el pseudónimo “la cosa nostra” para publicar amenazas contra la empresa en un portal de internet (los hechos acaecieron el 31 de mayo de 2008). El empresario interpuso denuncia ante la policía nacional que informó al Juzgado de Instrucción de la persona titular de la dirección de IP el día 27 de noviembre, cuyo conocimiento por parte del empresario tuvo lugar el día 8 de junio de 2009, llevándose a cabo el despido el día 10 de julio. Tal y como sostuvo la sentencia aludida: “la prescripción de la falta fue interrumpida mediante denuncia interpuesta por el responsable empresarial el día 11 de junio de 2008 y tal interrupción se mantiene en tanto en cuanto no termine por resolución firme el proceso penal derivado de la misma y de la querrela igualmente reseñada”. Por lo tanto, en este caso la empresa no podía sancionar a nadie, pues no sabía quién era el trabajador que vertió el comentario. Así, desde el momento en el que tuvo conocimiento del autor reaccionó despidiendo a la persona que lo profirió, sin que esta cuestión hiciera decaer la sanción impuesta por la entrada en juego de la prescripción. Por lo demás, no hay impedimento alguno en despedir a un trabajador mientras pende un proceso penal o,

dicho de otro modo, no hace falta esperar a su finalización para sancionar laboralmente al autor de los hechos en un supuesto como el comentado, en el que inicialmente se desconoce a la persona infractora.

Otra de las posibilidades que puede ocurrir es que el titular de la cuenta, con nombre real en su perfil, no haya sido el autor del comentario o el artífice de la fotografía que ha desembocado en la sanción disciplinaria. De mediar esta circunstancia, entiendo que la sanción laboral debe recaer sobre el titular de la cuenta, siendo en sede judicial cuando se puede discutir si ha sido otra persona la que se ha metido en su cuenta y escrito algo en su nombre. De esta suerte que, en principio, los jueces deberían de confiar en que la autoría es de la persona cuyos datos personales están asociados al perfil de una determinada red social, salvo prueba en contrario (SELMA PENALVA, 2014). Perceptiblemente, este asunto no originará demasiados problemas prácticos cuando el autor ha confesado ser el titular de la cuenta. Ahora bien, cuando la persona que ha sido sancionada niega en sede judicial que el comentario ha sido escrito por ella y mantiene la postura de que ha sido un tercero, la situación se vuelve a complicar, puesto que en muchos casos habrá que acudir a indicios que decanten la balanza hacia una solución acerca de la autoría.

Pese a que no sea un supuesto sobre el que haya conocido la jurisdicción social, entiendo que es de indudable interés en este punto citar la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 29 de noviembre de 2018. El asunto en cuestión consistió en una sanción (pérdida de 15 días de haberes con la correspondiente suspensión de funciones) impuesta a un Guardia Civil que colgó en su perfil público de la cuenta de Twitter una fotografía de un cuadrante de servicio del Puesto Principal de Arcos de la Frontera (Cádiz). Durante la tramitación del expediente sancionador se realizó una captura de pantalla del comentario, siendo posteriormente desactivada la cuenta de Twitter por parte de su titular. La compañía Twitter, Inc. confirmó que la cuenta estaba desactivada, no pudiendo ofrecer datos acerca de la dirección de IP ni de otra serie de datos personales del usuario. En el recurso de casación formulado ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo no se discutió la imposición de la falta por violación del secreto profesional, sino que se violó la presunción de inocencia al faltar datos que acreditaran que el Guardia Civil expedientado era el titular de la cuenta de Twitter. En líneas generales, el demandante alegó que no fue el autor del comentario. En este sentido, según criterio doctrinal no discutido por la sección primera de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, ante la falta de la prueba directa de cargo, cabe acudir a una

serie de indicios y conjeturas para poder sustentar un pronunciamiento condenatorio.

En resumidas cuentas, ante la falta de confirmación de que el comentario ha sido publicado por la persona expedientada, cabe acudir a la prueba indiciaria para demostrar si el titular de la cuenta es la persona sancionada. Es en este punto, precisamente, donde podemos observar dos posturas distintas, puesto que se produjo una división de pareceres dentro de la terna que Magistrados que resolvió la sentencia:

- a) para la mayoría (tres Magistrados), el autor del comentario de Twitter fue el Guardia Civil expedientado. Los indicios que les llevaron a esta conclusión fueron los siguientes:
  - que el nombre del Guardia Civil coincidía con el existente en la cuenta de Twitter;
  - junto a dicha cuenta aparecía la fotografía de la cara del sancionado;
  - la cuenta fue desactivada durante la incoación del procedimiento sancionador;
  - el cuadrante publicado correspondía al Puesto Principal de Arcos de la Frontera, que coincidía con la unidad en la que el Guardia Civil se encontraba destinado;
  - en último término, también resultó un indicio claro el hecho de que el sancionado hubiera alegado la vulneración del derecho a su intimidad cuando se solicitó a Twitter los datos de la cuenta, “pues si no fuese suya no tendría sentido haberlo hecho”.
- b) La opinión disidente de dos de los cinco Magistrados se basó en que los indicios anteriormente reproducidos, a su juicio, no eran suficientes para señalar al sancionado como autor del comentario. Para los Magistrados que formularon voto particular solamente quedó corroborado que el cuadrante de servicios coincidía con el puesto de trabajo del Guardia Civil, circunstancia que no resultaba determinante dado que el sancionado no era el único que podía haber tenido acceso al mismo. Respecto del nombre y la fotografía de la cuenta de Twitter, coincidentes con el Guardia Civil expedientado, entendieron que podría ser, perfectamente, objeto de falsificación. En este sentido, en el caso de producirse una supuesta suplantación de identidad, tampoco sería

de extrañar que el verdadero autor desactivara la cuenta tras dicha intromisión. Por tanto, concluyeron que no había prueba directa que implicara al Guardia Civil sancionado, siendo que, además, el único testigo (el compañero que efectuó el “pantallazo”), tampoco supo decir si el que escribió el conflictivo “tuit” había sido otra persona.

En último término, dentro de las relaciones laborales el problema de la autoría puede adquirir un cierto grado de especialidad cuando el comentario ha sido manifestado por un representante legal de los trabajadores a través de la cuenta del sindicato. No he encontrado ninguna sentencia que resuelva este supuesto para el caso de las redes sociales, pero sí algún ejemplo en el que un sindicato ha actuado a través del correo electrónico de la sección sindical y de la página web de dicha organización. En este sentido, la sentencia del TSJ Madrid, de fecha 21 de junio de 2005 resolvió un supuesto en el que la sección sindical de la CGT emitió un comunicado dirigido a todo el personal a través del sistema informático de la empresa (correo electrónico) y mediante el que se difundieron expresiones injuriosas hacia un trabajador. La empresa procedió a despedir a la persona encargada de gestionar la cuenta de correo. En la sentencia se puede leer el siguiente razonamiento:

el demandante es el responsable del correo electrónico desde el que se difundió el comunicado porque, tomando doctrina de la Audiencia Nacional, que es la jurisprudencia recogida en las sentencias del TS de 13 de octubre de 1995 y 26 de noviembre de 2001, al haber puesto la empresa a disposición de los sindicatos los medios de comunicación y las reglas para su uso, el demandante asumió la responsabilidad en el uso de aquel correo electrónico del password y contraseña. (TSJ Madrid, 21 jun. 2005).

Un caso opuesto lo podemos encontrar en la sentencia del TSJ Cataluña 4 de marzo de 2009, que se pronunció sobre un supuesto relacionado con un comunicado insultante y ofensivo realizado desde la página web de la sección sindical de CNT-AIT. En este caso, la empresa procedió a despedir al portavoz y, a su vez, representante legal de la citada sección sindical en la empresa. No obstante, el acto del juicio no se constataron pruebas fehacientes sobre su autoría material e intelectual, más bien al contrario, esta última fue asumida por otra persona. Por ello, concluyó la Sala que:

no existe base jurídica para confirmar la calificación de despido nulo efectuada en la instancia, pero tampoco puede considerarse que nos

hallemos ante un despido procedente, al no haberse acreditado que el trabajador sea el autor del desafortunado comunicado litigioso, en el que ciertamente se vierten acusaciones gratuitas, carentes de toda base probatoria, insultos y descalificaciones hacia la representación de los trabajadores personificada en el comité de empresa, e incluso hacia otros sindicatos, como UGT y CCOO, a los que califica de traidores, en una actuación digna sin duda alguna de reproche e impropia de una organización sindical, pero sin que pueda justificarse la atribución de responsabilidad al trabajador y, en consecuencia, la calificación adecuada, conforme al artículo 55 del ET es la de improcedencia del despido. (TSJ Cataluña, 4 marzo 2009).

La anterior doctrina judicial dictada en relación con las páginas web puede trasladarse, *“mutatis mutandi”*, a los comentarios, comunicados y críticas manifestados por parte de una organización sindical a través de alguna red social. En este sentido, considero que la posible sanción laboral debe de recaer sobre aquella persona encargada de gestionar la plataforma de internet o que tenga acceso a la misma con su usuario y contraseña y, en caso de ser varios los encargados, resulta necesario conocer el ordenador desde el que se han escrito los comentarios (quizá a través de un rastreo de la IP). Cuando no se pueda identificar a la persona que ha “colgado” la fotografía o proferido el comentario no es posible llevar a cabo la sanción laboral y, si así se hubiera hecho, no puede ser acogida en un posterior juicio. Tampoco puede sancionarse, obviamente, si la persona que ha dañado la imagen de la empresa u ofendido a un miembro de la misma está fuera del círculo empresarial, es decir, se trata de un tercero ajeno a la empresa. En todo caso, en estos últimos supuestos es posible que puedan derivarse responsabilidades civiles en tanto en cuanto estarían actuando como prestadores de servicios de la sociedad de la información.

## **5. LA EVENTUAL AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA PRUEBA OBTENIDA DE PUBLICACIONES EN REDES SOCIALES**

Pese a que la prueba basada en publicaciones de redes sociales es, en principio, posible, cabe tener presente que nuestro ordenamiento prohíbe aquellas que hayan sido obtenidas habiéndose vulnerado algún derecho fundamental. En el orden jurisdiccional social esta cuestión aparece reflejada expresamente en el art. 90.2 LRJS. A través de las funciones de recopilación y almacenamiento de datos y de comunicación con terceros (llamadas, grabaciones de voz, mensajes de texto, archivos con fotografías, vídeos, etc.), se pueden llegar a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 CE), los derechos al honor, a la

intimidad personal y a la propia imagen (art.18.1 CE), e incluso al derecho a la protección de datos personales (art.18.4 CE). En este sentido, cuando la prueba que revela las publicaciones difundidas en una red social invade el derecho fundamental a la intimidad de su autor la prueba resultará inválida o, dicho de otro modo, será considerada nula. Se trata de una ilicitud extraprocésal, en el sentido de que la misma se produce fuera del marco del proceso propiamente dicho, es decir, en el momento de la obtención de la fuente de prueba (BUENO MATA, 2014).

### 5.1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

A mi modo de ver, la mayoría de pruebas obtenidas sobre una publicación difundida en una red social está perfectamente justificada y no siempre se irrumpe en la intimidad de su autor, ni se infringe ningún derecho a la protección de datos, desde el siguiente punto de vista: en el preciso instante en el que alguien escribe cualquier cosa en una red social es plenamente consciente de que está haciendo pública esa publicación. De tal suerte que el autor está perdiendo y, con ello renunciando, a cualquier tipo de expectativa razonable de intimidad o confidencialidad sobre aquello que ha publicado. Dicho de otro modo, el propio trabajador estaría renunciando al posible carácter íntimo o particular que pudiera querer atribuírsele (SELMA PENALVA, 2014).

Esta situación se aprecia con total nitidez cuando la publicación se ha insertado en una red social con el perfil del usuario totalmente abierto, en cuyo caso, el rastreo por parte del empresario entiendo que no afecta a su derecho a la intimidad. En este punto resulta conveniente traer a colación la sentencia del TSJ Asturias 14 de junio de 2013 que, en el contexto del despido de una trabajadora en situación IT por las fotografías colgadas en su muro de Facebook, consideró lo siguiente:

no se ha vulnerado la intimidad de la trabajadora al haber sido obtenidas las fotografías sin necesidad de utilizar clave ni contraseña alguna para acceder a las mismas dado que no estaba limitado el acceso al público, de modo que se obtuvieron lícitamente pues al estar colgadas en la red pudieron ser vistas sin ningún tipo de limitación con lo que ni hay una intromisión a la intimidad de la trabajadora que además aparece en las instalaciones de un parque de atracciones de Madrid y por tanto en un lugar público (TSJ Asturias, 14 jun. 2013).

Desde mi punto de vista, no le resta certeza a esta afirmación el hecho de que se haya mantenido una cierta privacidad en la configuración de la

cuenta asociada a dicha plataforma digital o de que el titular disponga de un mayor o menor número de contactos en su red social. En este sentido, considero que será lícita toda aquella información obtenida por parte de la empresa, aunque el perfil del trabajador haya sido configurado en la modalidad de acceso restringido, es decir, haya sido limitado solo para sus “amigos”. En su caso, entiendo que el alcance que pueda tener una publicación, medida si se quiere por el número de contactos o el carácter restringido de la cuenta, puede ser a la hora de valorar la gravedad de la conducta (CASTILLO BLANCO, 2019). Dicho con otras palabras, estas circunstancias podrían llegar a matizar o atenuar la gravedad de la sanción laboral (o una eventual indemnización por daños morales), pero no estaremos, en mi opinión, ante una prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales.

En el concreto caso de Facebook, que sigue siendo la red social más utilizada a día de hoy, cabe la posibilidad de que se configuren unos perfiles personales sobre los que únicamente puede conocerse toda la información cuando se “acepta” a alguien como “amigo”. Pero también existen otras páginas de libre acceso a las que cabe unirse y “seguir” su actividad con un sencillo “me gusta” (“like”). Por lo tanto, la licitud probatoria sobre las expresiones proferidas en estas “páginas web internas” dentro de Facebook no plantea demasiados inconvenientes, puesto que no parece que, en ningún caso, se pueda llegar a vulnerar la intimidad del trabajador si se entra libremente al contenido. En cambio, sí que se pueden desprender mayores reparos cuando la publicación se ha escrito a través de una cuenta de perfil personal a la que solamente pueden acceder los “amigos” –o conocidos– del titular de la misma. En este sentido, se ha expresado desde la doctrina que la respuesta sobre este interrogante debería pasar por las condiciones de uso que haya dado el titular de la cuenta, es decir, si esta es de acceso público e ilimitado o restringido (NORES TORRES, 2016). De este modo, se ha opinado que la obtención de la prueba para justificar la sanción al trabajador por comentarios vertidos en una red social es posible siempre que esta sea pública (APARICIO ALDANA, 2017).

Sin embargo, desde mi punto de vista, esta cuestión es totalmente irrelevante puesto que, desde el momento en que el comentario ha sido “colgado” en una red social, su conocimiento pasa a ser público. De tal suerte que, por más que se quiera privatizar una cuenta, siempre resultará más o menos sencillo acceder al contenido del mismo. En este sentido, cuando el titular restringe su cuenta a terceros y la limita solo a los “amigos”, pese a que el acceso sea más complicado, siempre es posible que el contenido sea conocido a través de reacciones por parte

de amigos en común, bien sea por medio de los “me gusta” y de sus diversas variantes, o por comentarios divulgados al hilo del publicado inicialmente. También puede darse la variante de que el comentario sea accesible por alguno de los contactos y sea este el que después difunda la información (por ejemplo, en el caso resuelto por el TSJ de Madrid en su sentencia de 23 de enero de 2012, la empresa tuvo conocimiento de unas imágenes sobre un trabajador que se supone que se encontraba de baja a través de la hija del empresario que accedió por contactos comunes con el trabajador en cuestión). Por lo tanto, la información le puede llegar perfectamente al empresario a través de los contactos en común, o bien por la vía de un “retweet” (caso de Twitter) o porque otra persona lo comparta (FERRANDO GARCÍA, 2016). Esta tesis se agudiza con la expansión y generalización del uso de los “Smartphones” y las posibilidades que la “captura de pantalla” presenta frente a la difusión de los comentarios por otras vías, pues ahora es mucho más fácil y rápido hacer circular la información. En todos estos supuestos la empresa se toparía con el comentario de una forma accidental, normalmente a través de un tercero, lo que vedaría un posible quebrantamiento del secreto de las comunicaciones o, en su caso, del derecho a la intimidad, así que, desde esta perspectiva, la prueba es totalmente válida, pues la empresa, directamente, no ha infringido ningún derecho fundamental.

En sentido contrario, opino que sí que se vulnerará la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones cuando la empresa hubiera accedido a un chat de conversación instantánea, siempre y cuando el acceso a su contenido se realice de forma ilícita, es decir, por ejemplo, “hackeando” la contraseña del titular. En cualquier caso, cuando una conversación privada mantenida en una red social ha sido revelada por uno de los trabajadores no existen demasiados problemas en admitir que no ha existido afectación de derechos fundamentales por parte de la empresa. Por ejemplo, es el caso, entre otras, de la sentencia del TSJ de Cataluña de 30 septiembre de 2015 en el que:

la actora dirigió ofensas verbales y escritas a compañeros de trabajo, careciendo las escritas de toda justificación por ir acompañadas de una mayor reflexión y comprensión de su alcance y significado, por más que lo fueran a través de medio de comunicación personal y que rompieron el clima laboral normal de convivencia y respeto. (TSJ Cataluña, 30 sept. 2015).

La empresa conoció el contenido porque se lo mostró una persona integrante de la conversación.

El detonante en estos casos, en mi opinión, va a ser la forma de acceder a dicha información. Sí que sería reprochable la actuación por parte de la empresa consistente en la creación de un perfil falso para espiar o fiscalizar la conducta de sus trabajadores o sus representantes (y observar así las faltas de asistencia, bajas por incapacidad temporal, comentarios realizados etc.). Cabe advertir que, a la hora de introducir los datos para crear una cuenta en las redes sociales, generalmente, no se requiere exhibir ningún documento oficial de identidad ni se contrasta la veracidad de lo que está introduciendo, por lo que resulta relativamente factible crear un perfil simulado o ficticio. También se invade la privacidad del trabajador cuando la entrada en el perfil del titular se ha llevado a cabo “hackeando” su usuario y contraseña. Se trata de una forma de acceso llevada a cabo través de maquinaciones informáticas que consiguen acceder de manera subrepticia a la información allí reflejada. En todos estos supuestos, las pruebas deben de rechazarse por haberse obtenido de una forma antijurídica, contraviniendo el secreto de las comunicaciones y/o la intimidad del trabajador.

Por su parte, otra de las redes sociales más utilizadas, como es el caso de Twitter, no parece que puedan plantear demasiados problemas los aspectos relativos a la privacidad, puesto que las publicaciones vertidas en dicha plataforma son siempre en abierto y cualquier persona puede acceder a las mismas, en especial, cuando se “sigue” a quien lo ha publicado, situación que no precisa, ni siquiera, de la aceptación por parte de su titular.

Si nos vamos a otra red social masivamente utilizada—Instagram—, las conclusiones a las que debemos de llegar son muy similares a las argumentadas para el caso de Facebook. No en vano, en Instagram es mucho más habitual que los perfiles estén totalmente abiertos y que se pueda “seguir” a una persona sin que esta acepte tal petición. Así las cosas, cuando el comentario, la fotografía o el archivo se ha publicado en una cuenta abierta, la vulneración de la intimidad es imposible que llegue a producirse. Pero, nuevamente, cuando el titular de la cuenta la tiene cerrada, entiendo que tampoco cabe presumir una expectativa razonable de confidencialidad sobre lo publicado. Esto es así porque los contactos en común pueden compartir una publicación con otras personas, incluso, cuando la posibilidad de compartir una fotografía está limitada (opción permitida por la aplicación, puesto que esta puede llevarse a cabo sin demasiadas dificultades a través de una “captura de pantalla” por parte del contacto en común). Por esta razón, si el conocimiento por parte de la empresa ha sido por la revelación de un tercero y sin emplear para ello otros métodos más invasivos o torticeros, la intimidad del trabajador que

ha realizado la publicación no se habrá vulnerado. Lo mismo sucede con los chats privados, pues ya hemos visto como las conversaciones mantenidas por Whatsapp o Facebook Messenger tampoco han sido ajenas al poder disciplinario del empresario sin que con ello se haya visto afectada la intimidad de su emisor. Por lo que se refiere a las “stories” o publicaciones temporales, en principio, tampoco parece que puedan vulnerar los derechos fundamentales de la persona que la publica si el conocimiento de la misma por parte del empresario ha sido de forma fortuita y, con ello, antijurídica.

Si se analiza la dinámica de la aplicación de Whatsapp (o Telegram o aplicación similar), la intimidad del trabajador podría llegar a quebrantarse cuando la forma de obtener la información de un comentario hubiera ido de forma antijurídica, bien sea “hackeando” la cuenta, el número secreto del teléfono o bien, directamente, cogiendo el teléfono de esa persona sin su permiso (o bien por cualquier otra acción similar). Pero ello no quita para el empresario pueda llegar a ponerse en antecedentes de una forma menos invasiva, por lo general, cuando sea un tercero el que le revele el contenido de una conversación: ya sea enseñándole directamente el dispositivo móvil o tal vez “cortando” y “pegando” la misma y enviándosela por cualquier medio. Sobre esta cuestión contamos ya con algunos pronunciamientos judiciales que han admitido la procedencia de un despido a causa del contenido de una conversación de Whatsapp (por ejemplo, entre otras, véase TSJ Cataluña de 11 de julio de 2014).

Cuando la prueba consiste en una monitorización de las herramientas informáticas (ordenador, tablet o teléfono) que sean propiedad de la empresa, con la finalidad de destapar un uso desproporcionado en tiempo de trabajo de las redes sociales, cabe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 87 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre. Las líneas maestras de este precepto son las siguientes: se pueden controlar las herramientas informáticas propiedad de la empresa (no así las personales); se deben de establecer códigos o reglas de conducta en el uso y manejo de los mismos (protocolos); se debe de informar a los trabajadores de dichos protocolos y de la posibilidad de monitorizar la actividad; en todo caso, la práctica del control deberá de llevarse a cabo con las máximas garantías, limitándose a lo preciso y sin abrir o llegar a conocer correos o demás aspectos de la vida privada. La respuesta de los tribunales españoles, principalmente del Tribunal Constitucional, se produjo con dos primeras sentencias bastante favorables para los intereses empresariales (STC 241/2012 y STC 170/2013). Posteriormente, fue el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) el que resolvió el asunto en sus sentencias de 16 de

enero de 2016 y 5 de septiembre de 2017 (esta última dictada por la Gran Sala). La segunda sentencia consideró que se produjo una intromisión en la esfera privada del trabajador por la monitorización desmedida de su ordenador. En último término, el Tribunal Constitucional español ha dictado una sentencia con fecha de 15 de marzo de 2021 mediante la cual ha considerado vulnerados los derechos fundamentales de un trabajador al que se le monitorizó el ordenador de forma desmedida, accediendo a datos personales. De tal suerte que:

la monitorización del ordenador de la demandante ha permitido a la empresa conocer y grabar todo lo que apareciese en su pantalla, y se ha traducido en el conocimiento de mensajes de correo electrónico, ajenos a lo laboral y por tanto personales, que la actora remitió a familiares y a su asesora legal, como se desprende del contenido de la propia carta de despido. (STC, 15 marzo 2021).

En este punto el TC ha resuelto que la prueba vulneró derechos fundamentales, por esta razón la prueba es nula y, con ello, debe de expulsarse del proceso. Cuando la única prueba de cargo sea la que ha sido anulada el despido deberá declararse improcedente por defecto de causa. Junto con ello, el TC establece que es posible que el trabajador pueda tener derecho a una indemnización por la vulneración de derechos fundamentales.

## 5.2. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

También se puede plantear una eventual violación del secreto de las comunicaciones, expresamente vedada por el art. 18.3 CE. En virtud del señalado precepto, es inconstitucional llevar a cabo una ilegítima intromisión e intervención de las conversaciones privadas.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reiterado (entre otras, SSTC 281/2006, 230/2007, 142/2012 o 241/2012) que el derecho contenido en el art. 18.3 CE impide, tanto la interceptación como el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. Por esta razón, si el empresario interviene una conversación de Whatsapp y, en virtud a la misma, sanciona al trabajador, dicha prueba no puede ser tenida en cuenta por parte del juez, precisamente, por conculcar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Ahora bien, dicha intromisión debe ser ilegítima y esto no se dará cuando el empresario ha sido conocedor de la conversación a través de la citada red social cuando la misma ha sido revelada por parte de otra persona.

Se puede ver esta interpretación, entre otras, en la sentencia del TSJ Galicia 25 de abril de 2014. En esta sentencia se discutió la sanción de suspensión de empleo y sueldo por tres días practicada sobre una trabajadora de un geriátrico que ocasionó la confusión sobre la medicación de un residente, proporcionándole al mismo la de otra persona y provocándole con ello somnolencia y síntomas de intoxicación durante 24 horas. La empresa detectó dicha conducta a través del visionado de las cámaras de vídeo-vigilancia y por la conversación mantenida por la trabajadora sancionada a través de Whatsapp. Con esta conversación, la empresa corroboró que la trabajadora no se encargó de una de sus obligaciones como enfermera, consistente en administrar y supervisar la toma de la medicación. En este orden de cosas, el TSJ Galicia aceptó sin fisuras la prueba basada en la conversación de Whatsapp, considerando que no se vulneró el secreto a las comunicaciones por cuanto que el “conocimiento de la conversación privada lo tiene la empresa por revelación de la otra interlocutora, o sea que una de las intervinientes en dicha conversación fue quien se la facilitó a la empresa”.

En el mismo sentido se pronunció el TSJ de La Rioja en su sentencia de 22 de enero de 2016. En este supuesto, una trabajadora fue despedida por mantener una conducta grosera con los clientes y por acosar a un compañero, enviándole más de 60 mensajes por Whatsapp sin obtener respuesta. En dichos mensajes utilizó un tono amenazante y una acreditada falta de modales. La defensa de la trabajadora interesó la violación del secreto de las comunicaciones por parte del empresario, deduciéndose que esta vulneración no se había producido porque el conocimiento de la conversación privada fue revelado por la otra parte interlocutora, es decir, que fue la persona receptora de los mensajes la que se los mostró al empresario. Tampoco se vulneró el derecho a la intimidad, toda vez que el contenido de los mensajes no mostraba una esfera de privacidad, sino que lo conformaron meras expresiones, unilaterales e insultantes hacia un compañero de trabajo.

Por descontado, el secreto a las comunicaciones tampoco rige entre los propios comunicantes, como desde antiguo viene reconociendo el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su STC 114/1984. En este sentido, en los casos en los que la conversación se realiza directamente con la empresa no existirán dudas acerca de la ausencia de la violación de este derecho fundamental. Tampoco, claro está, cuando se comenta y se difunde cualquier cosa en una red social abierta al público.

Guarda una estrecha relación con este tema el asunto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, en su Sala de lo Civil, en sentencia de 20 noviembre de 2014, en relación con una grabación que se realizó en la

vía pública, a la entrada de una empresa y que recoge una conversación entre un empleador y una trabajadora en la que el primero entrega una carta de despido o de sanción a la segunda y la invita a que se vaya. Cuando la demandada llegó a su trabajo, al comprobar la presencia del vehículo del demandante, activó la grabadora de su teléfono móvil y, cuando se acercó a la puerta del lugar de trabajo, el demandante salió y se produjo una conversación entre ambos relacionada con su situación laboral. La conversación grabada no contenía referencias a la vida personal o familiar ni profesional, sino exclusivamente sobre aspectos de trabajo y no ha sido difundida (ni siquiera llegó a ser utilizada en el proceso laboral en el que se propuso como prueba). Según el criterio mantenido por el Tribunal Supremo, la existencia de una previa situación de conflicto entre las partes añade una nota de razonabilidad a la conducta de la demandada. En lo que se refiere estrictamente al derecho al secreto de las comunicaciones, cabe señalar que quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 CE. Por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. En resumen, el objeto protegido por el art. 18.3 CE es el de “un proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido, cuyo contenido puede ser banal o de notorio interés público” (STC 170/2013).

Siguiente con el tema del teléfono, y para concluir con este estudio, se ha entendido que, si el teléfono es profesional, es decir, que es la empresa quien lo entrega al trabajador y existe una prohibición expresa de uso personal, parece que no existe expectativa de confidencialidad por parte del trabajador. Se trata, como ha señalado algún sector de la doctrina, de un conflicto “falso o inexistente” entre derechos fundamentales (CUADROS GARRIDO, 2014, p. 6). Distinta es la situación si el teléfono es particular del trabajador, de uso estrictamente personal. En el primer caso el empresario podría restringir su uso y, en su caso, controlar las llamadas realizadas y otra serie de cuestiones, siempre que exista un protocolo y se efectúe con ponderación.

En definitiva, la prueba basada en evidencias obtenidas a través de las redes sociales: comentarios, fotografías, conversaciones y, en general, publicaciones o estados es, de entrada, admisible en el proceso social. Esto es así por la LRJS permite el acceso al proceso de la denominada “prueba electrónica”. Ahora bien, pese a que la “prueba electrónica” esté legitimada, no cabe desconocer los problemas que la misma presenta. De un lado, la prueba basada en publicaciones realizadas en redes sociales presenta

evidentes contrariedades en relación con la autoría y la veracidad de lo publicado. Para paliar esta cuestión, será necesario: o bien que ninguna de las partes discuta este extremo, o bien intentar asegurar la prueba con otra serie de elementos (acta notarial y dictamen pericial) y, en el peor de los casos acudir a conjeturas o indicios que intenten despejar quien es el autor y si el contenido es real. De otro lado, es más que probable que en el momento del juicio la prueba ya no exista, porque el comentario haya sido eliminado o, incluso, ya no exista la cuenta desde la que se ha consumado el ilícito. Aquí lo único que cabrá aportar son “capturas de pantalla” o copias de la publicación que, nuevamente, será aconsejable que se presenten con las mayores garantías acerca de su existencias y veracidad. En último término, este tipo de prueba puede llegar a vulnerar derechos fundamentales, particularmente, la intimidad y el secreto de las comunicaciones (aunque también podrían quedar comprometidos el derecho a la imagen, a la protección de datos e, incluso, en determinados supuestos el honor). En principio, si el empresario ha sido conocedor del contenido de una forma fortuita, bien lo ha obtenido por el carácter abierto de la cuenta de su autor en la red social, o bien porque otra persona se lo ha mostrado, no parece que se vulnere ningún derecho fundamental. Distinta será la solución en los casos en los que el empresario ha obrado de forma maliciosa, a través de maquinaciones y otra serie de conductas para obtener una información que choquen frontalmente con los derechos fundamentales de los trabajadores. En estos supuestos la prueba será considerada nula, por lo que la consecuencia será su expulsión de proceso o, dicho en otros términos, que no será tenida en cuenta por parte del juez. Ello no impedirá que se puedan aportar otro tipo de pruebas que puedan llegar a convencer al órgano judicial de los hechos que se pretenden hacer valer en el juicio.

## REFERENCIAS

APARICIO ALDANA, R.K. Nuevas tecnologías y derecho a la libertad de expresión e información de los trabajadores en la empresa. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 50, 2017.

ARMENTA DEU, T. Regulación legal y valoración de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre. *Revista Internet, Derecho y Política*, núm. 27, 2018.

BORGES BLÁZQUEZ, R. La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea. *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018.

BUENO MATA, F. *Prueba electrónica y proceso 2.0: especial referencia al proceso civil*. Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

CASTILLO BLANCO, F.A. Grupos de whatsapp, cuerpos de seguridad y crítica de los responsables institucionales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, 2019.

CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. J. Los “pantallazos” de los mensajes de “whatsapp” como medio de prueba en el proceso laboral. *Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2016.

CUADROS GARRIDO, M.E. El uso del whatsapp en las relaciones laborales. *NREDT*, núm. 171. 2014.

FERRANDO GARCÍA, F. M<sup>a</sup>. Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnología. *RTSS-CEF*, núm. 399, 2016.

GUTIÉRREZ ROMERO, F.M. Violencia de género a través de las redes sociales: WhatsApp, prueba documental o prueba personal. Artículo Monográfico, *Editorial Sepin*, Ref. (SP/DOCT/74627), 2018.

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*, núm. 7, 2016.

SELMA PENALVA, A. La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39. 2014.

TALÉNS VISCONTI, E.E. *La incidencia de las Redes Sociales en el ámbito laboral y en la práctica procesal*. Ed. Francis Lefebvre, 2020.

