

## La prueba de whatsapp, en el procedimiento de despido

M.<sup>a</sup> Inmaculada Prat Ramon

Juez sustituta de los juzgados de lo social de Barcelona

Diario LA LEY, Nº 10256, Sección Tribuna, 27 de Marzo de 2023, LA LEY

### Normativa comentada

*Constitución Española de 27 Dic. 1978*

TÍTULO PRIMERO. De los Derechos y Deberes Fundamentales

CAPÍTULO II. DERECHOS Y LIBERTADES

SECCIÓN 1.<sup>a</sup>. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas

Artículo 18

*Directiva 99/93 CE del Parlamento y del Consejo, de 13 Dic. 1999 (marco comunitario para la firma electrónica)*

*LO 6/1985 de 1 Jul. (Poder Judicial)*

*L 36/2011 de 10 Oct. (jurisdicción social)*

LIBRO SEGUNDO. Del proceso ordinario y de las modalidades procesales

TÍTULO I. Del proceso ordinario

CAPÍTULO II. Del proceso ordinario

SECCIÓN 3.<sup>a</sup>. De las pruebas

Artículo 90. *Admisibilidad de los medios de prueba.*

*L 59/2003 de 19 Dic. (firma electrónica)*

*L 1/2000 de 7 Ene. (Enjuiciamiento Civil)*

LIBRO I. De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles

TÍTULO V. De las actuaciones judiciales

CAPÍTULO VIII. De las resoluciones procesales

SECCIÓN 2.<sup>a</sup>. DE LOS REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA Y DE SUS EFECTOS

Artículo 217. *Carga de la prueba.*

LIBRO II. De los procesos declarativos

TÍTULO I. De las disposiciones comunes a los procesos declarativos

CAPÍTULO VI. De los medios de prueba y las presunciones

SECCIÓN 8.<sup>a</sup>. DE LA REPRODUCCIÓN DE LA PALABRA, EL SONIDO Y LA IMAGEN Y DE LOS INSTRUMENTOS QUE PERMITEN ARCHIVAR Y CONOCER DATOS RELEVANTES PARA EL PROCESO

Artículo 382. *Instrumentos de filmación, grabación y semejantes. Valor probatorio.*

*RDLeg. 2/2015 de 23 Oct. (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)*

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

TÍTULO I. De la relación individual de trabajo

CAPÍTULO I. Disposiciones generales

SECCIÓN 1.<sup>a</sup>. Ámbito y fuentes

Artículo 1. *Ámbito de aplicación.*

CAPÍTULO III. Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo

SECCIÓN 4.<sup>a</sup>. Extinción del contrato

Artículo 53. *Forma y efectos de la extinción por causas objetivas.*

Artículo 55. *Forma y efectos del despido disciplinario.*

## Resumen

Dentro de los medios de prueba admitidos en Derecho, en la actualidad destaca la propuesta de prueba de whatsapp. Por las especiales características de este medio de prueba y por la facilidad en que pueda ser manipulados, se establecen una serie de mecanismos en aras de la seguridad jurídica. Se plantea en este artículo las vicisitudes que comporta actualmente, dicha prueba en la realidad de los juzgados.

La Directiva 1999/93/CE del Parlamento y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 (LA LEY 10272/1999), estableció el marco comunitario de la firma electrónica.

En nuestra sociedad de la información existiendo todavía cierta desconfianza en las comunicaciones temáticas, surge el instrumento de la firma electrónica que permite comprobar la procedencia y la integridad de los mensajes intercambiados por las partes a través de las redes de telecomunicaciones y, se adoptan medidas las medidas necesarias.

La Ley 59/2003, de 19 de diciembre (LA LEY 1935/2003) regula la firma electrónica, haciendo referencia en el artículo 3.5 de la misma al documento electrónico y, expresando que éste puede ser documento privado, regulado en el artículo 3.6c), pudiéndose incluir los mensajes por WhatsApp, al estar almacenados en documento electrónico.

En la práctica habitual en los juzgados de lo social, en la actualidad, la prueba mediante WhatsApp se plantea ya como una más de las admitidas en derecho, arts 90. 1º (LA LEY 19110/2011) y 2º LRJS: documental, interrogatorio, testifical, periciales (médica, técnica...).

En numerosas ocasiones se plantea el reconocimiento de relación laboral, impugnando un presunto despido, por lo que la parte actora (trabajador) deberá acreditar los hechos que alega en virtud del artículo 217 LEC (LA LEY 58/2000) y la parte demandada (empresa o empresario), en su caso desvirtuarlo.

Será necesario poder demostrar que se cumplen los requisitos del artículo 1.1 del ET (LA LEY 16117/2015) (voluntariedad, ajenidad, retribución y dentro de la organización y dirección del empleador o empresario). Para ello, se aportan como prueba WhatsApps de presuntas conversaciones encaminadas a la relación laboral de la que se pretende su reconocimiento y posterior despido.

Es de especial relevancia la cuestión de si es posible despedir a un/a trabajador/a mediante WhatsApp.

El despido es la máxima sanción que se puede imponer a un trabajador. Dada su gravedad se regula en el artículo 53.1 ET (LA LEY 16117/2015) los requisitos para extinguir la relación laboral por causas objetivas, exigiéndose la comunicación escrita con puesta a disposición simultánea de indemnización de veinte días por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades. Preaviso de quince días con copia a la representación de los trabajadores. La carta debe ir firmada con expresión de la fecha y deberá sr firmada por el trabajador o en su caso, testigos dando prueba de su notificación.

El artículo 55.1 ET (LA LEY 16117/2015), regula la forma y efectos del despido disciplinario, exigiéndose igualmente la forma escrita con exposición de los hechos que lo motivan y fecha en que tendrá efectos.

Es de destacar que, si el trabajador es representante de los trabajadores o delegado sindical debe iniciarse un expediente contradictorio en que deben ser oídos además del trabajador afectado los demás miembros de la representación a la que pertenece.

Además, si el trabajador está afiliado a un sindicato, se debe dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical.



Mediante WhatsApp no pueden observarse dichos requisitos.

Habría defectos de fondo y de forma que ya determinarían la improcedencia, y en su caso, de existir vulneración de derechos fundamentales, la nulidad del despido.

Hay que obrar con especial cautela, dado que, por las características de esta prueba, normalmente no hay reconocimiento por la otra parte, ya que puede manipularse

Hay que obrar con especial cautela, dado que, por las características de esta prueba, de la que normalmente no hay reconocimiento por la otra parte, ya que puede manipularse. Por ello es preciso adoptar medidas, como la solicitud de volcado de los mensajes aportando la terminal al Letrado de la Administración de Justicia o protocolización notarial. Ello, es a los efectos de conservar la cadena de custodia, como bien declara la STS de 19.05.15, en que se declara la insuficiencia de los «pantallazos», siendo necesaria garantizar la autenticidad del contenido y medios utilizados. En el mismo sentido se declaró la SAP Madrid de 01.06.17, en ausencia de prueba

testifical o dictamen pericial.

Una de las principales preocupaciones como juzgadora, es la autenticidad de los WhatsApp aportados al acto de juicio. Estoy completamente de acuerdo con la conservación de cadena de custodia, sin embargo, considero que debería aportarse directamente documento notarial de autenticidad. Bien es sabido, la carga de trabajo que soportan los juzgados de lo social y el trabajo de los LAJ, para tener que dedicarse al volcado de mensajes de WhatsApp que aportan las partes.

Cada parte debe acudir a juicio con los medios de prueba oportunos para su defensa, al igual que se hace con las pruebas periciales. Se convierte en caso contrario, en una prestación de servicios a cada parte que lo plantee, y no tratándose de casos aislados, sino que se ha convertido en un medio de prueba habitual.

Considero que si bien tanto el artículo 90.1 LRJS (LA LEY 19110/2011) que declara que previa justificación de utilidad y pertinencia las partes, pueden utilizar a efectos de prueba los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido de archivo y reproducción de datos...

En el mismo sentido artículos 382 y ss. de la LEC que regulan los instrumentos de filmación y grabación y su valor probatorio. Es cierto que en virtud del apartado 2º del artículo 382 LEC (LA LEY 58/2000) se aportan transcripciones escritas, sin embargo, su literalidad o interpretación que puedan realizar las partes, obliga a la adopción de las medidas mencionadas.

Debiendo las partes acreditar, en todo caso, que es justicia gratuita y no es posible costearse los honorarios notariales, a los efectos de poder disponer de un juicio con garantías procesales.

No existe vulneración de derechos fundamentales, art 18 CE (LA LEY 2500/1978), puesto que el conocimiento del contenido del WhatsApp es bidireccional. En todo caso, en virtud de los arts. 90.2 LRJS (LA LEY 19110/2011), 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) y 283.3 LEC debe preservarse los derechos fundamentales.