

Retos del régimen de la prueba en el proceso social y sus recursos, en especial ante la transformación digital

Susana de la Casa Quesada

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

scasa@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0003-1020-7841>

Extracto

El Parlamento español está tramitando un «paquete» de reformas legales para que haya una Administración de Justicia más digital, también en el ámbito de la prueba procesal. Sin embargo, la jurisdicción social viene mostrando muchas resistencias a este progreso, porque considera que contradice los principios básicos del proceso social. Asimismo, en la práctica judicial tienen una creciente presencia las pruebas basadas en conversaciones realizadas mediante tecnologías de la información y la comunicación (correo electrónico, redes sociales, WhatsApp, etc.). El Tribunal Supremo español solo atribuye el valor de prueba documental al correo electrónico, mientras que el WhatsApp no ha accedido aún al recurso de casación para la unificación de doctrina. En esta situación, no hay unidad de criterio en las doctrinas de suplicación social en torno a cómo deben calificarse. Este trabajo defiende que, como regla, todas las pruebas deben poder realizarse de forma telemática, desde luego la de ratificación pericial, salvo que, por sus características, su práctica telemática pudiera perjudicar a algunos de los intereses en juego o no reunir las garantías debidas. Asimismo, las pruebas digitales que gocen de las debidas garantías de autenticidad deberían tenerse como documentales y, en consecuencia, abrir la revisión de hechos en suplicación (y casación).

Palabras clave: prueba procesal; proceso laboral; prueba tecnológica; jurisdicción social; prueba pericial; recursos de suplicación; WhatsApp.

Recibido: 20-03-2023 / Aceptado: 29-03-2023 / Publicado (en avance *online*): 11-04-2023

Cómo citar: Casa Quesada, S. de la. (2023). Retos del régimen de la prueba en el proceso social y sus recursos, en especial ante la transformación digital. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 119-150. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18745>

Challenges of the procedural evidence in the social process and its resources, especially in the face of digital transformation

Susana de la Casa Quesada

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*

scasa@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0003-1020-7841>

Abstract

The Spanish Parliament is processing a "package" of legal reforms to promote a digital Justice Administration, also in the field of procedural evidence. However, the social jurisdiction maintains many resistances, because it contradicts the basic principles of the social process. Likewise, judicial practice knows a greater presence of evidence based on conversations carried out through information and communication technologies (e-mail, social networks, WhatsApp, etc.). The Supreme Court attributes the value of documentary procedural evidence to e-mail but has not ruled on WhatsApp. In this situation, there is no unity of criteria in the doctrines of social supplication on how such evidence should be qualified. This study defends, on the one hand, that, as a rule, all the tests can be carried out electronically, of course that of expert ratification, unless, due to its characteristics, the electronic practice could harm some of the interests at stake or not meet the guarantees of authenticity due. Likewise, digital evidence that enjoys the necessary guarantees of authenticity must be classified as documentary procedural evidence. Consequently, these technological tests must open the review of facts in supplication (and in cassation).

Keywords: procedural evidence; labor process; technological evidence; social jurisdiction; expert evidence; appeal resources; WhatsApp.

Received: 20-03-2023 / Accepted: 29-03-2023 / Published (online preview): 11-04-2023

Citation: Casa Quesada, S. de la. (2023). Challenges of the procedural evidence in the social process and its resources, especially in the face of digital transformation. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 119-150. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18745>

Sumario

1. Introducción: transformación digital y (relegado) proceso social en las reformas legales proyectadas
2. A vueltas con la verdad (material) e igualdad de oportunidades en el ámbito de la prueba para el proceso social (y sus recursos)
3. La prueba, ámbito de especial desequilibrio de la relación procesal derivado de la desigualdad contractual: técnicas correctoras novedosas en la LRJS
 - 3.1. Enfoque dogmático-realista: la igualdad de armas jurídico-procesales como imperativo de igual oportunidad de prueba
 - 3.2. De la dogmática a las leyes y a la práctica forense: la contradicción como presupuesto del derecho a la igualdad de oportunidades
 - 3.2.1. Planteamiento general
 - 3.2.2. La dispar experiencia de la prueba pericial forense y necesidad de reforma legal para que se normalice, no para que se restrinja
 - 3.2.3. La prueba anticipada y el principio de contradicción en el proceso social: ¿incoherencia normativa o adaptación a la realidad?
 - 3.3. La técnica «compensadora» mediante reglas especiales de la actividad de prueba basada en las presunciones legales
 - 3.4. Las reglas especiales de facilitación del juego de la distribución de la carga de la prueba a favor de la persona trabajadora (art. 96 LRJS)
4. Dificultades prácticas y resistencias culturales al desarrollo de la prueba en el proceso social mediante canales digitales: las propuestas de reforma legal
 - 4.1. Programa reformador: apertura legal proyectada, en el proceso civil, a la realización telemática de actuaciones probatorias
 - 4.2. El posibilismo legal en el proceso civil se torna resistencias en el social: los principios del proceso laboral, ¿obstáculo real o excusa cultural?
 - 4.3. Un análisis particular de determinadas pruebas en su realización digital: la prueba testifical e interrogatorio de partes
 - 4.4. Digitalización del proceso social y su proyección en la prueba pericial: ¿ha dejado de tener sentido la ratificación presencial del dictamen-informe?
5. La prueba de revisión de los hechos en suplicación y su actualidad a través de las nuevas pruebas tecnológicas: ¿son o deben ser todas documentales?
 - 5.1. Las disfunciones de la prueba de revisión de hechos en suplicación y el lastre de la sobrecarga del orden social para su necesaria reforma
 - 5.2. Eventual impacto de la prueba digital como documental en una mejora de la revisión fáctica dentro del recurso de suplicación: evolución dispar
6. Alguna observación más final que conclusiva

Referencias bibliográficas

De poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal. Por eso se ha dicho que quien no consigue convencer al juez, cuando su derecho es desconocido o negado de los hechos de que depende su derecho, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho.

L. Muñoz Sabaté (*Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*)

No puede el buen árbol dar malos frutos, ni el árbol malo dar frutos buenos. Todo árbol que no da buen fruto es cortado y echado en el fuego. Así que por sus frutos los conoceréis.

Biblia, Mateo 7, 17-20

1. Introducción: transformación digital y (relegado) proceso social en las reformas legales proyectadas

La omnipresencia de la tecnología digital, en la sociedad, en la economía y, por lo tanto, en el trabajo, se ha convertido ya en un tópico, en un lugar común, que lejos de estar agotado irá en aumento. Todo ámbito de las relaciones humanas está ya envuelto o condicionado, en mayor o menor medida, por la innovación tecnológica en general, y por la digitalización en particular. Desde luego, así sucede en las relaciones de empleo (por ejemplo, procesos de selección, formación profesional, agencias de colocación, etc.), en las de trabajo (por ejemplo, gestión analítica de datos en los entornos de trabajo; el conflicto intenso y cada vez más frecuente entre las razones de empresa en la maximización tecnológica del rendimiento y el control frente a los derechos fundamentales de la persona trabajadora) y de Seguridad Social (por ejemplo, la automatización de procesos prestacionales y de control frente al fraude), por lo que a nuestras disciplinas atañe (para una visión actualizada y sistemática, con enfoque nacional e internacional, la obra colectiva dirigida por Molina Navarrete y Vallecillo Gámez, 2021). Sin embargo, menos frecuentes, por el momento, son los estudios jurídicos en el ámbito sociolaboral relativos al impacto de esa transformación digital en el desenvolvimiento de las relaciones procesales entre las empresas, las personas trabajadoras y la Administración de Justicia, ya sea en el proceso, ya, incluso, en el sistema de recursos extraordinarios del orden social, que no se limite al ámbito, ciertamente importante y muy polémico, de la licitud de la prueba tecnológica (Godino Reyes, 2021; UGT, 2023).

Precisamente, este es el ámbito en el que se quiere situar este estudio, y de forma más particular en lo relativo al impacto de la transformación digital en una de las fases más determinantes del proceso jurisdiccional, el de la prueba, con su incidencia también en los recursos, cuya singularidad en el orden social abre específicas cuestiones. Desde esta perspectiva, parece claro, y la pandemia ha sido un significativo banco de pruebas para evidenciar sus potencialidades, también sus riesgos y debilidades, que en mundos como el nuestro, más en el futuro próximo, donde la digitalización orienta la economía y la sociedad, también el trabajo, la creciente litigiosidad exigirá que todos los procesos jurisdiccionales, también el proceso social (laboral)¹, deban adaptarse a estos renovados escenarios, con un impacto significativo en todas sus fases integrantes (de ahí que surjan, no sin fuerte polémica, las figuras del «juicio telemático» y el «expediente digital judicial») y, sin duda, en el ámbito de la prueba. No por casualidad, en este momento se tramitan hasta tres proyectos de ley ligados, de un modo u otro, a esta transformación, poniendo énfasis en la eficiencia jurisdiccional, en un triple nivel: procesal, organizativo y digital.

Ciertamente, no es la prueba en general, ni mucho menos en el ámbito procesal social (Sanz Tomé, 2006), una cuestión especialmente atendida en esta tríada reformadora legal, con unos tiempos y ritmos muy desiguales en su tramitación parlamentaria, aunque no está totalmente ausente, por supuesto. En especial el proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia² (PLMEP) dedicará alguna, escasa, atención a este tema, pese a ser capital para la suerte del proceso. Desde luego así sucede con las condiciones para la licitud de la prueba, hoy tan significativo por la irrupción de nuevos medios de prueba basados en la innovación tecnológica, proyectando reformar el artículo 287 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), reforzando las facultades, de oficio para la jurisdicción o a instancia de parte, para poner de relieve la posible vulneración de la prueba de derechos fundamentales, en procedimientos de índole escrita –como los civiles–, pero también verbales, como los sociales. Aunque bien sabido es que el proceso social cuenta con su propia regulación a tal fin, una novedad de las más relevantes de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (art. 90).

Pero hay otros aspectos relativos al régimen para la práctica de buena parte de los medios de prueba (documental, pericial, testifical) a través de cauces telemáticos, ampliando esa posibilidad (por ejemplo, nuevo art. 137 bis LEC). El objetivo perseguido, a grandes rasgos, es una suerte de normalización de los regímenes excepcionales de actuaciones procesales y juicios telemáticos que, por razones de índole pragmática, se impusieron con

¹ Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1127/2020, de 16 de diciembre:

[...] la notificación telemática de una resolución judicial a un profesional del derecho constituye un acto de comunicación plenamente válido que debe desplegar sus efectos, sin que ello suponga una aplicación irrazonable de las normas procesales. El hecho de que el juzgado de lo social hiciera sus notificaciones por correo certificado no impide que el TSJ [tribunal superior de justicia] las realice telemáticamente a los profesionales del derecho, las cuales deben desplegar todos sus efectos.

² https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF#page=1

la pandemia, a través de recomendaciones por los órganos de Gobierno judicial (Consejo General del Poder Judicial –CGPJ–, 2020a). Sin embargo, en el ámbito social suele verse con más recelo, por entender, quizás con exceso de cautela, que erosiona los principios fundamentales del proceso social, en especial los de intermediación y concentración (art. 74 LRJS), aunque no solo (Molins García-Atance, 2021; San Cristóbal Villanueva, 2020).

La digitalización promete agilización, pero, al menos de inicio, puede traer mucha más carga de trabajo judicial, lo que es temido, en un momento de enorme saturación. Piénsese en la promoción del «expediente judicial electrónico» (EJE) (permite –a través de la Plataforma Acceda– a quienes actúan profesionalmente el acceso telemático seguro a los documentos de los procedimientos en los que son parte). Pensado para que facilite la gestión procesal (también tiene dimensión de eficiencia económica y sostenibilidad ambiental: se dice que ya ha ahorrado más de 24 millones de € al sector profesional y evitado la emisión a la atmósfera de 2.000 toneladas de CO₂), el órgano judicial lo ve como nuevo factor de sobrecarga judicial, sumado a las secuelas de la pandemia y ahora de la huelga indefinida del personal letrado de la Administración de Justicia (LAJ)³. Y ello porque obliga a que, si se aportan documentos o informes (dictámenes) periciales en soporte analógico (papel), será obligación del juzgado digitalizarlos para incorporarlos al EJE.

Las reformas proyectadas no son ajenas a esta cuestión. Ya el PLMEP alude a la digitalización en más de un punto de su exposición de motivos, siempre con el horizonte de la «necesaria agilización», a cuyo servicio se debería poner «la efectiva transformación digital de la Administración de Justicia». Con este fin se introduce la obligación de remisión al juzgado, por las Administraciones públicas, en los procedimientos que prevea la remisión de sus expedientes, en un soporte electrónico (reformas proyectadas de los arts. 48, 51, 78, 116 y 127 Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para imponer la remisión electrónica del expediente administrativo). No se modifica la LRJS, en cambio, donde se prevé solo facultativamente (arts. 77.2, 82.4, 124.9 y 10, y 143.1).

En estos marcos de cambios de la realidad y proyectos reformadores, nos parece de especial interés abordar, siquiera parcialmente, la cuestión de los retos o desafíos que el proceso social, y su sistema de recursos extraordinarios (en especial, suplicación), tiene planteados en relación con el régimen de la prueba. Un régimen que, como es bien sabido, regulado en los artículos 87 y siguientes de la LRJS, tiene una ordenación muy parca, lacónica, dentro de la «ley de ritos social» y, en consecuencia, se hace extremadamente tributaria del papel supletorio de la LEC. Pero, como se ha apuntado, la creciente apertura

³ Pese a los intentos de algún juzgado social que ha tratado de aprovechar la creciente digitalización de las actuaciones procesales para promover soluciones que concilien la huelga (y su naturaleza de derecho fundamental) con el impulso del proceso, sin frenar la vista, reflejo de otro derecho fundamental (tutela judicial efectiva). *Vid.* el célebre, y polémico, Auto del Juzgado de lo Social número 1 de León de 28 de febrero de 2023.

del proceso civil a la penetración tecnológica en el régimen de prueba no deja de suscitar problemas de coherencia. Naturalmente, aunque con mayor o menor conexión con la tecnología, en su sentido más amplio, hay otros retos que el régimen de prueba en el proceso social debería afrontar y que las proyectadas reformas podrían aprovechar para resolver, al menos clarificar y tampoco lo han hecho, o no lo incorporan de momento. Precisamente, y sin pretenciosidad de detalle, el objeto de este estudio es identificar algunos aspectos de relieve a tal fin y, en su caso, proponer soluciones para la reforma, actual o futura. En suma, junto a algún aspecto reciente de la prueba tecnológica veremos cuestiones de práctica tecnológica de la prueba.

2. A vueltas con la verdad (material) e igualdad de oportunidades en el ámbito de la prueba para el proceso social (y sus recursos)

Antes de entrar en el análisis jurídico más operativo, identificando algunos de los que se han denominado «retos» o «desafíos», temas pendientes de reforma o clarificación como se pueden llamar también menos pretenciosamente, en materia de prueba para el orden social, aventurando alguna propuesta de solución, en el actual contexto reformador, nos parece de interés realizar algunas observaciones generales sobre el sentido y alcance de la prueba en el proceso social (también, con sus profundas modalizaciones, en el recurso de suplicación, principalmente). Ciertamente, se trata de aspectos conocidos, tratados desde antaño por la doctrina científica procesalista, común y especializada en lo social, nacional y extranjera, hasta incluso considerados ya «superados». Sin embargo, aquí se entiende que, en los actuales contextos de renovación económica y tecnológica, también sociocultural, no dejan de tener cierta relevancia y recobran actualidad, condicionando u orientando la «hoja de ruta» de las reformas propuestas y en gran medida orilladas –conviene decirlo– en las que se proponen en el actual «paquete reformador».

En última instancia, no puede (no debe) olvidarse, o infravalorarse, que la innovación tecnológica en el ámbito de las relaciones procesales sociales no solo tiene la finalidad de mejorar las capacidades de las partes para ganar en eficacia probatoria en defensa de su interés o pretensiones, también ha de servir para una mejor aproximación entre la verdad jurídica y la real, así como la propia igualdad de oportunidades procesales. Un imperativo exigido para garantizar la efectividad de la tutela judicial en igualdad de armas procesales, atendiendo al contexto de desigualdad material que representa el contrato de trabajo (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 125/1995, de 24 de julio⁴). Precisamente, uno

⁴ Fundamento jurídico 4, párrafo segundo. Por eso:

[...] ya en la STC 3/1983 se afirmaba que [...] la desigualdad originaria entre trabajador y empresario tiene su fundamento no solo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula.

de los ámbitos donde más se nota este desequilibrio, no solo material, sino jurídico, entre los sujetos de la relación de trabajo y en su condición de partes de un proceso social, será el de la prueba, de ahí la necesidad de atender, desde las leyes y su aplicación judicial, a la garantía del principio de igualdad de armas procesales como equidad de oportunidades reales para convencer al órgano judicial de la certeza de los hechos esgrimidos y, en consecuencia, la justicia de su pretensión por corresponderse con la (su) verdad jurídica.

Es una máxima de experiencia forense que «los juicios no se ganan con la verdad, se ganan o se pierden con la prueba, mediante la cual es posible convertir lo falso en verdadero o lo cierto en irreal» (Moro Valentín-Gamazo, 2018). Desde un plano realista, la prueba busca dar certeza a los hechos controvertidos (y no notorios, art. 281.4 LRJS), en los que se sostiene una pretensión (art. 87 LRJS), para aplicar el derecho (no requiere prueba de hechos si es jurídica solo la cuestión de fondo, art. 85.5 LRJS). Pero, en un plano axiológico, en el proceso social no deja de tener relevancia la búsqueda de la verdad material (Falcón, 2006, pp. 593 y ss.; Loutayf Ranea y Solá, 2017, pp. 10 y 11). Rige el principio dispositivo y de justicia rogada, como el civil, pero conoce reglas especiales de atribución de la carga probatoria (arts. 217 LEC y 96 LRJS) y poderes reforzados al órgano judicial para fijar la situación fáctica y jurídica real (por ejemplo, diligencias finales ex art. 88 LRJS, justificada excepción respecto del proceso civil ex art. 217.1 LRJS). Además de afectar intereses de relevancia social, está en juego la garantía de efectividad de la igualdad de las partes, pero atendiendo al contexto material (desigualdad material y jurídica), para remover obstáculos procesales ex artículo 9.2 de la Constitución española (CE).

En este sentido (Taruffo, 2009, p. 36) se apelaría al concepto de «verdad procesal contextual», esto es, de adaptación de la verdad a cada contexto procesal en juego. Este debate clásico cobra actualidad, a juicio de un sector de la doctrina científica, en lo que llama «batalla por la prueba tecnológica» (por ejemplo, videocámaras), ante la «política jurisdiccional de ensanche del derecho fundamental a la prueba empresarial del verdadero hecho ilícito laboral» (Molina Navarrete, 2021a, pp. 206 y ss. y 450 y ss.). Para ilustrarlo trae a colación la lectura laxa jurisprudencial del polémico asunto López Ribalda.

En efecto, si en el plano teórico, discursivo o dogmático, no hay preferencia, sino necesidad de equilibrio mediante un juicio ponderado, en el plano concreto, tiende cada vez más a prevalecer el derecho fundamental a la prueba empresarial, incluso respecto al derecho a la protección de datos. Este se relativiza al desvincular la eventual ilicitud de la prueba tecnológica (más eficaz por lo común) de la calificación final de la decisión empresarial, como el despido. De este modo, la jurisprudencia (STC 61/2021, de 15 de marzo) deja abierta la facultad de probanza de la verdad fáctica del incumplimiento por otros medios. En la práctica, no en la teoría, se reduce el valor práctico de la doctrina del fruto del árbol envenenado (STS americano de 26 de enero de 1920, caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*⁵),

⁵ <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/251/385.html>

asumida desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, y positivada en las leyes (arts. 11 Ley orgánica del Poder Judicial y 90.2 LRJS). En suma, la regla general tenderá a ser la denominada «teoría de la desconexión de la licitud o no de la prueba», pese a violar derechos fundamentales y la calificación del despido (se descarta la teoría de la irradiación a favor de la de la autonomía, salvo casos específicos).

Una buena síntesis de doctrina constitucional y jurisprudencial de esta materia la llamamos, si bien en la anulada no era una prueba tecnológica, sino de registro físico, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia 925/2023, de 15 de febrero. Anulada la prueba obtenida por el registro de un maletín olvidado por una empleada y entregado a la dirección por otra, que a su vez lo recibió de otra externa (establecimiento abierto al público), asume que la nulidad de la prueba no afecta a la calificación del despido, pudiéndose probar a través de otros medios, siempre que no estén vinculados a la anulada. Ausente esa prueba, se calificará el despido como improcedente, con una indemnización adicional por daños (6.000 €) derivados de la obtención de una prueba ilícita y su aportación indebida en el juicio oral.

3. La prueba, ámbito de especial desequilibrio de la relación procesal derivado de la desigualdad contractual: técnicas correctoras novedosas en la LRJS

3.1. Enfoque dogmático-realista: la igualdad de armas jurídico-procesales como imperativo de igual oportunidad de prueba

No hay justicia social sin igualdad real de armas procesales. El principio cardinal de cualquier rama del derecho procesal es el de la igualdad de partes en la disposición y uso de armas procesales para la defensa de sus pretensiones en derecho (arts. 6 Convención Europea de Derechos Humanos y 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Loutayf Ranea y Solá, 2017), también en el ámbito de la prueba. En términos más directos, la igualdad probatoria significa que la ley, y el órgano judicial, deben garantizar la práctica de prueba en tales condiciones que no aventajen, o desfavorezcan, a una parte respecto de la otra (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2003, *Ocalan c. Turquía*, entre muchas⁶).

Como señala la doctrina (Carnelutti, 1979, p. 45; Falcón, 2003, p. 140), la producción de la prueba queda concretada en el principio de igualdad de oportunidades y actuación

⁶ Toda persona parte de un proceso «debe tener una oportunidad razonable de presentar el caso ante el tribunal en condiciones que no lo sitúen en desventaja sustancial con su contraria».

de buena fe (leal, honesta y con probidad). Por supuesto, aunque en materia procesal se postula una igualdad formal, no puede descontextualizarse, como se dijo, de la desigual relación material y jurídica laboral (Carbone, 2011, p. 1.265; Molina Navarrete, 2020). Como evidenció el TC español, la prueba procesal es uno de los campos que más reflejan el desequilibrio inherente a las relaciones de trabajo.

3.2. De la dogmática a las leyes y a la práctica forense: la contradicción como presupuesto del derecho a la igualdad de oportunidades

3.2.1. Planteamiento general

Por eso, una de las líneas de mayor relevancia y novedad de la LRJS fue reforzar las clásicas, y añadir nuevas, reglas o técnicas que permitan dar concreción o actualización normativa, y luego práctica, al principio de igual oportunidad real de prueba. Destacamos las tres siguientes. A saber:

- La garantía plena del principio de contradicción como presupuesto del derecho a la igualdad de oportunidades probatorias.
- Reglas especiales de juego de la prueba basadas en las presunciones legales.
- Las reglas de favor en la distribución de la carga de la prueba.

En este epígrafe analizaremos brevemente el primero y alguna proyección concreta, para la prueba pericial, que permite verificar en la práctica la crítica teórica. Las otras dos técnicas merecerán sendos –breves– epígrafes. Desde esta visión del principio de igualdad de partes como el doble imperativo de la paridad de oportunidades y de audiencia, la ley ordenadora de la actividad probatoria de una de las partes en conflicto o litigio no podría crear, respecto de la contraparte, una situación de ventaja o de privilegio, ni el órgano judicial podrá dejar de garantizar un tratamiento equivalente a ambas. La consecuencia coherente de ello es la regla de la bilateralidad o principio de contradicción: «en cuya virtud cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída y de producir pruebas respecto de lo afirmado y confirmado por la otra» (Loutayf Ranea y Solá, 2017, p. 6).

La «hoja de ruta jurisdiccional» para la fase probatoria que deriva de este principio queda nítidamente pergeñada: la ley, a través de la aplicación judicial efectiva, deberá (Devis Echanúa, citado en Falcón, 2003, p. 140):

- posibilitar a ambas partes conocer los medios de prueba presentados por cada una de ellas, a fin de poder participar en su práctica;

- oponerse si así lo estima conveniente a su pretensión, cuestionando las pruebas en primer lugar (esta regla de experiencia es fundamental en la prueba tecnológica, como estamos viendo de continuo en la práctica forense) y, de aceptarse,
- analizarlas con detalle desde su posición o pretensión, para persuadir al órgano judicial del valor que ha de darse realmente, en el momento de las alegaciones.

3.2.2. La dispar experiencia de la prueba pericial forense y necesidad de reforma legal para que se normalice, no para que se restrinja

Si de la doctrina general probatoria pasamos a la ley de ritos social, bien conocido es que la garantía de este principio jurídico-procesal axial requiere que la práctica de la prueba (testifical, pericial) quede sometida al doble interrogatorio (de la parte que ha propuesto las pruebas y de la contraparte). De ahí, pues, que deba comparecer en juicio para ratificarse en el eventual informe pericial emitido, sin perjuicio de las especialidades cuando procedan de las Administraciones públicas (no será necesaria ratificación de sus informes si la documentación administrativa obra en el expediente que ha de aportarse de forma preceptiva, según la modalidad procesal en juego).

Qué duda cabe de que, en este ámbito, una modalidad de prueba pericial de relevancia mayor en el proceso social, en especial en los relativos a contingencias profesionales, en la reclamación de prestaciones y en la petición de responsabilidades por vulneración de derechos fundamentales vinculados a la integridad y a la salud, es la prueba de medicina forense (art. 93 LRJS). Una prueba que puede introducirse también de oficio.

Es una clara expresión del paradigma de la justicia social como propia o «natural» de personas con especiales situaciones de necesidad o más vulnerables, de modo que no se pueden permitir, o tienen más difícil acceso, a la prueba pericial privada. Como una regla singular procesal de esta prueba, no es ocioso recordar que esta prueba pericial forense (pública) no precisa que sea ratificada necesariamente en juicio. Conviene tener en cuenta que una cosa será esta facultad del órgano judicial (en principio discrecional, si bien hay situaciones en que deviene obligatoria, por ser necesario su informe) y otra bien diferente la de la parte que carezca de recursos y disfrute del beneficio de justicia gratuita, que tiene derecho a solicitarla, en cuyo caso debería practicarse, so pena de incurrir en un obstáculo indebido a la defensa efectiva, de forma obligatoria (por ejemplo, SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2016, rec. 2969/2015; Canarias/Las Palmas 456/2016, de 31 de mayo; La Rioja de 1 de noviembre de 2015, rec. 305/2015).

Sin embargo, lamentablemente, no parece esta la práctica mayoritaria forense social, pues sigue existiendo una gran disparidad de lecturas o criterios jurisdiccionales de un mismo precepto procesal, de modo que:

- Una minoría de tribunales atribuye carácter automático a la prueba de esta práctica pericial forense (pública) si se constata el beneficio de justicia gratuita (función de progreso mediante la remoción de obstáculos procesales).
- La mayoría continúa atribuyéndole naturaleza discrecional, pese al beneficio de justicia gratuita, su rechazo no generaría indefensión (por ejemplo, SSTSJ del País Vasco 159/2017, de 24 de enero –incapacidad permanente–, y de Murcia 1065/2017, de 5 de diciembre).

En última instancia, se entiende, una cosa sería la insuficiencia de recursos reales para la práctica de pruebas y otra la asistencia jurídica gratuita, con una distinción que es difícil de asumir, conceptual y normativamente, por cuanto supone introducir por vía judicial una distinción que lejos de facilitar la efectividad de la defensa levantaría un claro obstáculo. Tampoco la reforma se preocupa de esta disfunción, dificultando no el acceso a la jurisdicción social, sí su efectividad. La reforma legal proyectada (PLMEP) no clarifica este aspecto, quedando en manos de las prácticas o usos de cada tribunal, con la consiguiente inseguridad y desigualdad para quien busca justicia social, perjudicando claramente a la persona trabajadora. No compartimos la posición de quien considera que la reforma debería dirigirse en el sentido de reafirmar:

[...] que la práctica de la prueba del médico forense es facultad del tribunal, sin que proceda imponerse de forma imperativa por el mero hecho de disfrutar de la justicia gratuita [y sin perjuicio de que el órgano judicial tenga la facultad de] tener en cuenta las circunstancias personales y económicas [...] para determinar si procede o no [...] (López Hormeño, 2021, p. 20).

3.2.3. La prueba anticipada y el principio de contradicción en el proceso social: ¿incoherencia normativa o adaptación a la realidad?

Acabamos de recordar que una de las exigencias del principio de contradicción en el momento probatorio es la de permitir o posibilitar a las dos partes del proceso conocer las pruebas practicadas, o a practicar, a fin de dar las debidas razonables oportunidades a ambas partes «contendientes» procesales para intervenir en ellas y extraer lo que convengan más a su pretensión. Eso significa, por lo tanto, que el estándar de igualdad probatoria entendido como equivalencia razonable de oportunidades exige que ese doble derecho (a conocer, primero, a ser oído después) se mantenga en todas y cada una de las etapas probatorias (ofrecimiento, práctica y valoración), garantizado «con facultades reales, no con solemnidades rituales inaceptables» (Loutayf Ranea y Solá, 2017). Garantías de efectividad que incluso deben darse en momentos previos a su práctica.

Pues bien, dentro de esta perspectiva, clásica pero renovada, los artículos 78 y 84.2 de la LRJS contemplan la prueba anticipada. Una posibilidad para la parte que pretenda

demandar (actora o demandante) o presuma que va a ser demandada, solicitándola previamente al órgano jurisdiccional (no solo antes del juicio, sino incluso antes de la demanda). Entre las situaciones previstas a tal fin, destaca el artículo 84.2 de la LRJS, para los casos de prueba voluminosa o de especial complejidad, admitiendo práctica incluso de oficio:

De oficio o a petición de parte, podrá requerirse el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con 5 días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba.

En un plano general, esta posibilidad de conocimiento anticipado de documentos e informes de utilidad para la demanda, pero indisponible en ese momento, en especial para la persona trabajadora, busca garantizar esa dimensión de la igualdad procesal de las armas en juicio como oportunidades iguales o equivalentes razonablemente. Así, ambas partes tienen el tiempo necesario para obtener la información adecuada o de vida en el ejercicio eficaz de su derecho de defensa. En el marco de la pandemia (por ejemplo, art. 19 RDL 16/2020 y CGPJ, 2020a), cierto número de juzgados de lo social incluyeron medidas de este tipo para la agilización de las vistas.

Se ha criticado que esta novedad legal supuso desvirtuar el proceso social de algún modo, erosionando más que el principio de igualdad de armas los tradicionales de oralidad y concentración en juicio, típicos del proceso social. A mi juicio, sería una regla que traduce la necesidad de concretar normativa y prácticamente la necesidad de igual oportunidad probatoria para ambas partes, sin ventajas ni oportunismos. Pese a todo, aunque sorprenda, y al margen de que la ausencia de esta prueba pueda usarse en perjuicio de la contraparte (art. 94.2 LRJS), la ley no prevé consecuencia específica para los casos en que no se ofrezca la prueba requerida, o se exhiba solo parcialmente. La experiencia práctica muestra que el sistema vigente tiene algunos remedios (por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de marzo de 2015, rec. 7/2015), como son los apremios pecuniarios (López Hormeño, 2021, p. 13). Conviene advertir que el PLMEP no contempla catálogo alguno de medida específica a adoptar para el caso de que la parte exigida de anticipación de prueba (documental por lo general, si bien no se descarta, en caso de que pudiera perderse su práctica, la testifical), que habitualmente es la empresa, no sea diligente al respecto (si se menciona específicamente, por ejemplo, la incomparecencia injustificada al acto de conciliación). Y ello pese a que sí repara en la modificación de los artículos 75.4 y 97.3 de la LRJS (sanciones pecuniarias).

3.3. La técnica «compensadora» mediante reglas especiales de la actividad de prueba basada en las presunciones legales

La exigencia de igualdad procesal debe encuadrarse en condiciones no abstractas, sino concretas, a fin de que cobre vida como imperativo de justicia sustantiva también (Calamandrei,

1960, pp. 178 y ss.). Este enfoque sustantivo resulta especialmente relevante en el ámbito del proceso social. Desde esta perspectiva, la técnica de las presunciones (a partir de la prueba de un hecho se deduce o se infiere otro distinto, en virtud de la conexión legal y/o judicialmente fijada) tiene un valor determinante o muy significativo.

Este imperativo procesal social forma parte coherente y derivada de la íntima relación o interacción entre el derecho procesal y el derecho sustantivo. No por casualidad la gran mayoría de presunciones se recogen en normas sustantivas (por ejemplo, arts. 8, 15 y 55.5 Estatuto de los Trabajadores –ET–; art. 156 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–), raramente en procesales, sociales (por ejemplo, art. 20 LRJS) o comunes (por ejemplo, arts. 385 y 386 LEC), compensando en la relación procesal la desigualdad sustantiva. A su través, la exigencia jurídico-constitucional de dar certeza a la fijación de los hechos (probados), un momento de especial importancia en un proceso de instancia única y recursos extraordinarios (sin segunda oportunidad para la revisión de los hechos desde una valoración plena del grado de suplicación, salvo que se den los restrictivos presupuestos fijados legal y jurisprudencialmente en la materia), pero también de extrema dificultad, se cumpliría de una forma favorable a las personas trabajadoras. Estas se ven eximidas de prueba plena de los hechos (en más de una ocasión, también de los daños) sobre los que se sostendría su posición o pretensión procesal.

No obstante, si bien es cierto que, por lo general, la mayoría de presunciones se formulan a favor de las pretensiones sostenidas por la parte trabajadora, la dimensión transaccional típica de las normas laborales, o su ambivalencia, también se refleja en esta cuestión procesal. Las empresas no carecen de presunciones legales para favorecer su posición gestora, en especial aquellas que, reforzadas tras la reforma laboral de 2021, dan preferencia a las medidas de flexibilidad interna sobre la externa. Así sucede cuando media acuerdo con la representación laboral a tales fines (arts. 41.4, 47.1 y 82.3 ET), con lo que se refuerza también el valor de la gestión colectiva o autorregulación de empleo, aunque acumule más de una crítica, desde la ortodoxia jurisdiccional más extrema, por tener efectos de carácter erosivo en el derecho a la tutela judicial efectiva, pese a que la jurisprudencia social ha venido mostrando su aval (por ejemplo, STS de 2 de julio de 2018, rec. 2250/2016, luego ratificada en innumerables ocasiones).

Ahora bien, fuertemente cuestionada-contestada en la doctrina de suplicación de algunos tribunales superiores, invocando la prevalencia de las normas internacionales (por ejemplo, art. 9 Convenio 158 Organización Internacional del Trabajo), habría recibido un revés de consideración con la STC 140/2021, de 12 de julio, al considerar inconstitucional que se limite a la persona trabajadora impugnar individualmente un despido económico, pese a traer causa de un despido colectivo acordado. A su entender, ni el artículo 51.6 del ET ni el 124 de la LRJS obstaculizarían esa impugnación amplia individual.

Tampoco la reforma legal proyectada para la eficiencia procesal ha tenido a bien, al menos de momento, prever un cambio en este punto. Una intervención legislativa que, sin embargo, convendría realizar, para clarificar y evitar el exceso actual de conflictividad

judicial, saturando aún más la jurisdicción social. Una reforma del artículo 51 del ET en el sentido de los artículos 41, 47 y 82.3 podría ser efectiva en tal sentido, aunque no dejaría de plantear problemas respecto de las citadas normas internacionales, que tienen, como es bien sabido, una eficacia prevalente, y que requiere más atención a este nivel suprallegal, en detrimento del clásico «patriotismo normativo» (Molina Navarrete, 2021b, p. 170).

3.4. Las reglas especiales de facilitación del juego de la distribución de la carga de la prueba a favor de la persona trabajadora (art. 96 LRJS)

No cabe duda de que una cuestión fundamental, en el debate recordado, hoy menos actual, entre la dialéctica verdad material versus verdad formal o procesal, es la relativa a la carga de la prueba. Las diferencias esenciales entre ambas se reducirían, o diluirían, si la verdad jurídica es entendida como el mejor modo de aproximación a la verdad real, en virtud de las reglas jurídicas y de investigación. El proceso dispositivo prueba hechos y estima la pretensión si cumple con la carga de la prueba; desestima en caso contrario. En los procesos de interés general, la carga de la prueba se ve atenuada o se aumentan los poderes del juez en materia probatoria (Falcón, 2006, p. 595; Oteiza, 2009, pp. 195 y 196).

De ahí, introducir también reglas que modulen esa distribución de la carga de la prueba a favor de la posición probatoria de una de las partes, a fin de evitar que los problemas de disponibilidad de prueba perjudiquen a la parte más débil y de la que la norma tiende a presumir que esa defensa se aproxima más a la verdad material (por ejemplo, reglas de facilitación de la carga de la prueba, facultades de investigación de oficio para el órgano judicial). En este ámbito, otra de las principales novedades de la LRJS (que busca una clara mejora de favor hacia la persona trabajadora en relación con las del art. 217 LEC) fue la de traducir en letra legal lo que había venido estableciendo la doctrina constitucional y la jurisprudencia social, a fin de facilitar la prueba tanto de los hechos como, sobre todo, de las relaciones de causalidad entre ellos y los incumplimientos empresariales, en dos ámbitos propios de las relaciones laborales de especial trascendencia, jurídica y social:

- En materia de procesos de responsabilidad por daños profesionales, de modo que el actual artículo 96 de la LGSS refleja la evolución jurisprudencial en la materia, en la línea de exigir no tanto una obligación de resultado cuanto una obligación de diligencia muy cualificada, a probar por la empresa.
- En materia de procesos de responsabilidad laboral por daños extrapatrimoniales o vinculados a la violación de derechos fundamentales. Sin duda ha conocido un desarrollo muy profundo en estos años, siendo, quizás, el ejemplo más ilustrativo la indudable hipertrofia que ha tenido la garantía de indemnidad ex artículo 24 de la CE (STS 336/2022, de 18 de abril).

Son las más conocidas y relevantes. Pero no las únicas. Así, por ejemplo, tenemos:

- El desplazamiento a la empresa de la carga de la prueba de la inexistencia de vacantes en las acciones de reingreso tras una excedencia, si se deniega (SSTS de 6 de octubre de 2005, rec. 3876/2004, y 61/2022, de 25 de enero).

Cierto, en apariencia, se trataría de un hecho negativo. Pero no por ello exigir su prueba implica una prueba diabólica. La razón es que solo la empresa dispone de medios suficientes para acreditar que existe o no la plaza vacante, por lo que entraría dentro de la lógica de las reglas de facilitación de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC.

- Cuando la parte contraria tiene el control de la probanza de los hechos que se necesita para acreditar su existencia, de modo que, si no cumple con esa carga legal de aportar los documentos requeridos, cabrá estimar lo alegado basado en ellos (arts. 94.2 y 144.3 LRJS –en materia de Seguridad Social–).

Un ejemplo más de un enfoque legal de flexibilidad probatoria. Se aligera, así, la carga probatoria que derivaría del artículo 1.214 del Código Civil, aunque no sea ajena a la lógica del artículo 217 de la LEC.

4. Dificultades prácticas y resistencias culturales al desarrollo de la prueba en el proceso social mediante canales digitales: las propuestas de reforma legal

4.1. Programa reformador: apertura legal proyectada, en el proceso civil, a la realización telemática de actuaciones probatorias

A fin de convertir en normal la excepción desplegada sistémicamente, por estricta necesidad, en pandemia, el PLMEP prevé varias reformas legislativas, como se anticipó, que afectan a la práctica probatoria a través de diligencias telemáticas. En este programa, ciertamente disperso y parcial, reformador, destaca, en primer lugar, el añadido del artículo 137 bis a la LEC, a fin de facilitar la realización telemática de las actuaciones judiciales, mediante videoconferencia. Así, tras remitir en su apartado 1 al artículo 147 de la LEC, a fin de documentar las «actuaciones judiciales por videoconferencia», señala:

2. Los profesionales, así como la partes, *peritos y testigos que deban intervenir en cualquier actuación por videoconferencia lo harán desde la oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo. En el caso*

de disponer de medios adecuados, dicha intervención también se podrá llevar a cabo desde la oficina judicial de su domicilio o de su lugar de trabajo.

3. *Cuando el juez o la jueza, en atención a las circunstancias concurrentes, lo estime oportuno, estas intervenciones podrán hacerse desde cualquier lugar, siempre que disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente conforme a lo que se determine reglamentariamente.*

[...]

Las víctimas de violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos, y víctimas menores de edad o con discapacidad podrán intervenir desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia [...] o desde cualquier otro lugar si así lo estima oportuno el juez, siempre que dispongan de medios suficientes para asegurar su identidad y las adecuadas condiciones de la intervención conforme a lo que se determine reglamentariamente

4. El uso de medios de videoconferencia deberá solicitarse con la antelación suficiente y, en todo caso, 10 días antes del señalado para la actuación.

No es la única modificación relevante proyectada en este ámbito. Así, se modifican también, en la misma dirección de promover actuaciones probatorias por el canal digital, los siguientes preceptos:

- Artículo 311.1 de la LEC⁷.
- Artículo 313 de la LEC: interrogatorio domiciliario por vía de auxilio judicial:

Cuando la parte que hubiese de responder al interrogatorio residiera fuera de la demarcación judicial del tribunal, *será examinada mediante videoconferencia en los términos del artículo 137 bis de esta ley*; en otro caso, podrá ser examinada por vía de auxilio judicial [...].

- Artículo 346: emisión y ratificación del dictamen por el perito que el tribunal designe⁸:

⁷ «1. En el caso de que por enfermedad que lo impida o por otras circunstancias especiales de la persona que haya de contestar a las preguntas no pudiera esta comparecer en la sede del tribunal, y no dispusiera de los medios para hacerlo por videoconferencia, o el órgano judicial no lo considere conveniente, a instancia de parte o de oficio, se podrá prestar la declaración en el domicilio o residencia del declarante ante el juez, la jueza o el miembro del tribunal que corresponda, en presencia del letrado de la Administración de Justicia».

⁸ «El perito que el tribunal designe emitirá por escrito su dictamen, que hará llegar por medios electrónicos al tribunal en el plazo que se le haya señalado. De dicho dictamen se dará traslado por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia a las partes por si consideran necesario que el perito deba intervenir en el juicio o en la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean

Cuando el perito que deba intervenir en el juicio o la vista resida fuera de la demarcación judicial del tribunal, la declaración se hará preferentemente a través de videoconferencia.

- Artículo 364 de la LEC: declaración domiciliaria del testigo⁹.

4.2. El posibilismo legal en el proceso civil se torna resistencias en el social: los principios del proceso laboral, ¿obstáculo real o excusa cultural?

El sentir mayoritario de la doctrina judicial y científica es el de que tal programa de cambios no tiene gran significación, desde luego no revolucionario o radical, en el clásico proceso civil, máxime tras la experiencia pandémica. En cambio, su proyección eventual en el proceso social levanta un buen número de críticas, por cuanto vendría a contradecir principios axiales del mismo, al menos según el sentir mayoritario, aunque quizás resulte excesivo. El presupuesto fundamental de este desajuste, real o pretendido, se vincularía a una característica singular del proceso social: es el único que, en una defensa plena o radical de la oralidad, no contempla el trámite de contestación escrita a la demanda.

Sobre estos presupuestos, un importante sector de doctrina científica y judicial va relatando los problemas que este tipo de previsiones generarían en el proceso social. Entre otros se señalan:

- Cuando concurren ambas partes al juicio telemático, el traslado de documentos suele hacerse de forma previa (también la aportación del informe pericial), por lo que se rompe el principio de intermediación. Una posibilidad que solo estaría contemplada por la ley como prueba anticipada, según ya se indicó.
- Cuando, desde la práctica forense se reacciona innovando, permitiendo trasladar la prueba con posterioridad a la vista, exige trámite obligatorio de conclusiones por escrito. Pero, entonces, el principio que sufriría es el de la oralidad, no solo el de la intermediación, erosionando, se dice, no solo principios, sino garantías típicas de índole procesal, por lo que solo una reforma legislativa y el perfeccionamiento de los sistemas informáticos podrían asegurarlas (por ejemplo, identidad de las partes que intervienen, la integridad de la documentación actuada).

oportunas. El tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la intervención del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado.

Cuando el perito que deba intervenir en el juicio o la vista resida fuera de la demarcación judicial del tribunal, la declaración se hará preferentemente a través de videoconferencia».

⁹ «1. Cuando el testigo resida fuera de la demarcación judicial del tribunal, la declaración se hará preferentemente a través de videoconferencia».

- Las personas que actúan como testigos deben estar siempre comunicadas, por lo que solo pueden declarar en sede judicial. Esta prueba no se podría celebrar telemáticamente. La conexión telemática sería solo para las partes y sus defensas.

Hemos visto cómo las reformas proyectadas parecen ser más posibilistas para la vía telemática en el proceso civil, lo que, como se ha dicho, levanta suspicacias en la doctrina social, empeñada en considerar que el cauce telemático para la prueba chocaría con los principios del proceso social. Por lo que su progreso o avance no podría-debería hacerse al margen de una reforma legal específica, tan necesaria como urgente, de la LRJS, sin que basten las previsiones realizadas para el proceso civil (Gómez Esteban, 2020; López Hormeño, 2021, p. 33; Molins García-Atance, 2021, pp. 3, 7 y 8). No obstante, el problema no será solo de legalidad (principio de habilitación legal expresa), sino también operativo. La oportuna palabra de ley clarificadora y de promoción, con garantías, apenas cambiará nada de la realidad si no se ofrece, de forma simultánea al cambio legislativo social, un sistema informático adecuado para celebrar el juicio oral y sus actos (por ejemplo, traslado de prueba documental y pericial inmediata y segura).

En el orden social, bien sabido es, la contestación es oral y la prueba documental debe ser aportada en el acto de juicio, con sus ventajas y sus inconvenientes (dilata la celebración del juicio, porque obliga a dar traslado a la contraparte, que debe examinarla para luego poder valorarla, al tiempo que abre un riesgo de indefensión, porque si es difícil la prueba no tendrá tiempo de examen adecuado), que los tiene, sin duda. La opción de la videoconferencia tampoco parece la panacea, porque en caso de que cualquiera de las defensas o representaciones técnicas participantes intervengan desde otro lugar al órgano judicial emerge el grave problema de la aportación autenticada de la prueba documental y el proceloso traslado a las restantes partes procesales. Del mismo modo, la posibilidad de expediente digital judicial (en el marco de la ambiciosa, pero frustrada, Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia) no es, de momento, una ayuda, porque si la prueba no se aporta por medio electrónico, sino por escrito, la digitalización exigirá un tiempo añadido y una carga que complicará más aún el proceso. De ahí que se insista en la reforma de la LRJS para que las pruebas pericial y documental puedan aportarse con anticipación al juicio de forma telemática, facilitando así la creación del expediente digital judicial y el traslado telemático a las partes procesales antes del acto del juicio (plenario).

Pero el acuerdo en esa necesidad no es tal cuando se baja a la concreción de esa reforma. Así, podemos hallar hasta tres posiciones de doctrina científica y/o judicial. A saber:

- Un sector de la doctrina científica pretende una reforma que aproxime mucho más el concepto y dinámica del proceso social al civil. A tal fin, se propone que la ley configure como obligatoria la práctica de aportación previa de las pruebas documental y pericial que se van a utilizar en el juicio. Por tanto, se normalizaría la excepción ahora prevista en los artículos 78 y 84.2 de la LRJS, exigiendo acompañar

con la demanda la prueba documental-dictamen pericial, al tiempo que se demanda, en coherencia, un trámite de contestación a la demanda y aportación con él de los medios de prueba de la contraparte. De este modo, se promovería con más facilidad el propio juicio telemático, porque ya no sería necesario dar traslado de los documentos aportados (Gómez Esteban, 2020; San Cristóbal Villanueva, 2020).

- Otro sector doctrinal propone, dado que la reforma proyectada separa de forma clara el acto de conciliación judicial respecto del acto de juicio, en virtud de la reforma por el PLMEP en el artículo 82.2 y 3 de la LRJS (el acto de conciliación judicial se debe celebrar con una antelación mínima de 30 días hábiles al acto de juicio, salvo excepciones –por ejemplo, tutela de derechos fundamentales–), dejando de ser actos sucesivos, que sea el momento de la conciliación procesal el elegido para hacer aportación de la prueba documental y dictámenes o informes periciales. Una vía más –se dice– de revitalizar ese momento procesal, cuya utilidad es muy dispar.
- Finalmente, otro sector de doctrina judicial se muestra muy crítico con este tipo de propuestas y hace una diferente (Molins García-Atance, 2021, p. 9). En el plano de la crítica, considera erradas las vías de reforma señaladas más arriba. La primera, porque desnaturalizaría el proceso social, causando graves disfunciones en ciertos procesos sujetos a plazo de caducidad, pues exigir que se presente con la demanda toda la prueba documental y pericial, con efectos preclusivos, puede suponer un importante obstáculo procesal y un factor de desigualdad en las armas procesales, facilitando la posición probatoria de la parte demandada, la mayoría de las veces la empresa. La segunda, porque, en realidad, la aportación en la conciliación judicial no haría sino añadir más retraso al acto de juicio oral. En consecuencia, llama a una reforma legal más propia del orden social, generalizando un trámite previsto ahora en ciertos casos (por ejemplo, el comentado art. 84.2 LRJS) y experimentado cada vez más en la práctica forense social más innovadora: la aportación de la prueba documental e informe pericial con al menos 5 días de antelación al plenario oral (juicio).

Las ventajas que de ello derivarían son, al entender de esta doctrina judicial:

- El máximo respeto al principio de igualdad de armas procesales en el ámbito de la prueba, al otorgar las mismas oportunidades, de tiempo (mismo plazo) y de eficacia (mismo plazo para valorar las pruebas).
- La siempre anhelada –los proyectos de reforma dirigidos a diversas facetas de la eficiencia así lo expresan una y otra vez– agilización del juicio social, al prescindir del trámite de espera del examen de contrario dentro de la vista, mejorando de una forma clara el tiempo de examen y valoración adecuados de las pruebas.
- Reduce los usos estratégicos del instrumento probatorio documental por parte de las defensas respectivas, porque el acceso anticipado o previo al momento del juicio reduce la posibilidad de sorpresa para la contraparte.

Cierto, esto quizás mine más de una típica estrategia procesal de uso muy frecuente en la experiencia forense, pero garantizaría mayor equilibrio y evitaría oportunismos.

- Esta regla en nada obsta a que la ley introduzca también la obligación de parte de aportar las pruebas telemáticamente, incorporándose al expediente digital judicial. En todo caso, siguiendo la *Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas* (punto 3.4) (CGPJ, 2020b), no se recomienda el uso del *e-mail* a fin de intercambiar documentos, asumiendo las persistentes deficiencias de seguridad.
- Aunque se reconoce que también esta solución se abre al riesgo de que surja la necesidad de aportar nuevos documentos, incluso pruebas de otro tipo, en el plazo que va desde esos 5 días previos al plenario o juicio oral (el momento preclusivo de la prueba documental), se entiende que, además de que el menor intervalo temporal reduce esa eventualidad, siempre queda aplicar por analogía el artículo 270 de la LEC. Incluso, excepcionalmente, se podría aportar en el juicio oral si se acredita que es posterior a la fecha de aportación (o no se pudo conocer antes).

La exhibición telemática en tales casos tampoco puede excluirse o descartarse, pero se reconoce que genera problemas, tanto de identificación (el reconocimiento de firmas) como de seguridad de lo actuado (calidad de lo que se ha visionado) (Molins García-Atance, 2021, p. 11; San Cristóbal Villanueva, 2020). En todo caso, nada se contempla en este sentido en la reforma proyectada. Lo único que hay en el PLMEP es una modificación de la rúbrica y del apartado 3 del artículo 90 de la LRJS, que pretende dar mayor discrecionalidad al órgano judicial social para la solicitud anticipada de diligencias de preparación de la prueba a practicar en juicio¹⁰.

4.3. Un análisis particular de determinadas pruebas en su realización digital: la prueba testifical e interrogatorio de partes

Dado que la reforma proyectada hace algunas incursiones particulares en pruebas concretas, en esta dimensión de práctica digital, merece la pena hacer una exposición, aun breve, de las críticas que recibe su proyección eventual al orden social y la llamada, no

¹⁰ «Artículo 90. Preparación y admisibilidad de los medios de prueba.

3. Podrán asimismo solicitar, al menos con 10 días [la actual 5] de antelación a la fecha del juicio, diligencias de preparación de la prueba a practicar en juicio salvo cuando el señalamiento se deba efectuar con antelación menor, en cuyo caso el plazo será de 3 días, y sin perjuicio de lo que el juez, la jueza o el tribunal decida sobre su admisión o inadmisión en el acto del juicio».

escuchada aún en ningún proyecto en tramitación parlamentaria, a una reforma de carácter específico para el proceso social. Así:

1. En lo que concierne a la *prueba personal testifical en el proceso social* (art. 92 LRJS) y su proyección digitalizada, la doctrina científica y judicial, aun dividida, tiende a coincidir en la siguiente configuración de futuro (telemático). A saber:
 - a) La regla general en el proceso laboral debe seguir siendo la presencialidad física de la persona que va a testificar, sin perjuicio de contemplar reglas especiales, a justificar por la parte que pide prueba personal y a valorar por el órgano judicial, cuando sea más razonable (agilidad de la prueba testifical y coste más reducido para el Estado) la declaración telemática.

Una condición para ser admitida debería ser la equivalencia de garantías procesales entre la presencialidad y la testificación telemática. Pero el carácter virtual de la práctica de la prueba personal o por testimonio introduce elementos distorsionadores respecto de la presencial o física. De esta manera, puede privar al órgano judicial de ciertos elementos propios de la intermediación física (gestualidad o lenguaje corporal, las mayores posibilidades de actuaciones oportunistas –dirección del testimonio, simulación de caída de la conexión, etc.–), perdiendo así valor cognitivo (Cardona Fernández, 2021). También se apela a las dificultades de autenticación de identidades de las personas intervinientes, a pesar de que hay sistemas tecnológicos que pueden ser muy precisos. También se cita el problema de las posibles desconexiones no previstas, que llevarían a aplicar las reglas de la incomparecencia, con los efectos perjudiciales para la parte.

No hay, pues, tampoco un estado del arte forense en relación con la prueba personal muy favorable a su ejercicio telemático (Vélez Toro, 2021). Una vez más, pues, la conclusión es: ningún testimonio telemático en el proceso social sin una ley que así lo prevea expresamente y que determine con precisión cuándo se puede pedir y, en su caso, practicar telemáticamente, cómo se debe solicitar dicha declaración y la fecha final para su solicitud. Reconociendo lo razonable de estos planteamientos, a mi juicio, exhiben más una extrema resistencia a los cambios que obstáculos insuperables.

- b) En todo caso, la prueba personal de testimonio en el proceso social debería ser realizada en una sede judicial, aunque esté deslocalizada respecto de la que va a conocer del fondo del asunto (competente).

Aceptada, a regañadientes siempre, la posibilidad de prueba testifical telemática en el proceso social, inmediatamente se advierte de la necesidad de que se practique en una oficina judicial, sea del juzgado que conocerá del asunto, sea en otra más cercana al lugar del domicilio (o lugar de trabajo) de la persona que testificará. Así lo prevé el punto 43 de la Guía del CGPJ (CGPJ, 2020b) y el proyectado nuevo artículo 137 bis de la LEC, reconociéndose que de tal guisa sí sería posible seguir garantizando la integridad de la prueba personal y el valor epistémico de la misma para conocer «la verdad intrínseca del testimonio» (emerge

aquí un remedo de la verdad real, no la formal), porque, además de –en teoría– garantizar una mayor calidad de la captación de su imagen (por tanto gestualidad), previene que el testimonio sea dirigido en su contestación por la defensa, evitando al tiempo que se produzca comunicación entre las personas que testimonian en el proceso. Solo así un testimonio telemático cumpliría con la exigencia de incomunicación entre personas que testimonian del artículo 366.2 de la LEC, aunque se trate de una transmisión en directo, como es la telemática (Molins García-Atance, 2021, p. 14; San Cristóbal Villanueva, 2020).

Como se vio, el nuevo proyectado artículo 137 bis, punto 2, de la LEC tiene una visión más amplia de la prueba personal telemática, aunque la condiciona a dos presupuestos, uno objetivo y otro subjetivo. El objetivo, que existan medios telemáticos de la calidad debida para que el testimonio deslocalizado mediante declaración telemática se haga desde el lugar que se realice, no merme las garantías procesales requeridas. El subjetivo, que así lo acuerde el órgano judicial, lo que, como es lógico, creará disparidad, porque aquí jugará mucho la «sensibilidad digital» de cada señoría.

2. La prueba de interrogatorio de parte.

Problemas y resistencias análogos se han evidenciado en relación con la prueba típica de interrogatorio de parte. Un sector de la doctrina científica mantiene que las partes en el proceso deben tener la posibilidad de comparecer por vía telemática en el juicio oral para la práctica de la prueba de interrogatorio de parte. En la medida en que esta otra prueba personal no sujeta a la parte interrogada a promesa o juramento de decir verdad, el problema de la pérdida de calidad de la práctica telemática de la prueba no tendría especial influencia para la garantía de intangibilidad de tal medio probatorio.

Con todo, también en este ámbito probatorio se pide una reforma legal expresa, a fin de precisar diferentes términos de la misma, incluido qué sucede si se produce una pérdida parcial o total de la conexión (San Cristóbal Villanueva, 2020). Por eso, una vez más, la orientación mayoritaria de la doctrina judicial es la resistencia a esta prueba telemática, de modo que la regla general y preferente debería seguir siendo la presencia en la sede judicial de las partes para la práctica de la prueba de interrogatorio (Molins García-Atance, 2021, p. 15). La reforma proyectada del artículo 313 de la LEC parece ir en una dirección algo más abierta y posibilista del interrogatorio telemático de parte, en determinados casos, claro.

4.4. Digitalización del proceso social y su proyección en la prueba pericial: ¿ha dejado de tener sentido la ratificación presencial del dictamen-informe?

Aunque el –en todo caso lacónico– artículo 93.1 de la LRJS parece configurar la –cada vez más relevante– prueba pericial en el proceso social como un medio probatorio próximo al documental (art. 94 LRJS), no es infrecuente que se le aproxime al régimen de la prueba

testifical. Y ello pese a sus marcadas diferencias (por ejemplo, carácter abierto de las preguntas en la prueba testifical y el carácter más cerrado o acotado de las aceptables para la prueba pericial, dado que se limita a ratificar su informe, sin perjuicio de las aclaraciones u objeciones que puedan producirse en el desarrollo del juicio; facultad reconocida a las partes de poder valorar la no intervención pericial en el acto judicial o vista de la persona perita, en virtud de la aplicación supletoria del art. 357 LEC, por tratarse de procesos con suficiente volumen de prueba documental; Gómez Esteban, 2020). En todo caso, hasta el momento, una regla había permanecido firme como norma general, a tenor del artículo 93.1 de la LRJS, y tiene que ver con el imperativo de presencialidad física en la sede judicial para ratificar su dictamen: «La práctica de la prueba pericial se llevará a cabo en el acto del juicio, presentando los peritos su informe y ratificándolo».

Ahora bien, en el actual contexto de digitalización de los procesos, esta regla también parece someterse a crítica, requiriendo una reforma de la ley procesal social que facilite no solo su conocimiento anticipado, junto con la prueba documental, al juicio, sino también la liberación de la necesidad de tener que ratificar el informe pericial en juicio, así como la facilitación de su práctica telemática, en línea con la prueba testifical (San Cristóbal Villanueva, 2020). En lo que concierne al primer debate, la aportación de esta prueba de forma anticipada, un sector de la doctrina científica y de la judicial propone que se equipare al tratamiento a tal fin propuesto para la prueba documental, por lo que debería proponerse al menos 5 días hábiles antes del acto de juicio (Molins García-Atance, 2021, p. 16).

En lo que respecta al segundo, la posibilidad de eximir de la ratificación en juicio del dictamen o informe pericial, parece ser la posición más defendida por los órganos de gobierno favorables a la digitalización de las actuaciones procesales (gestión telemática) y, en especial, la práctica de prueba testifical. Se propone ampliar la excepción vigente de la regla ratificadora en juicio oral: «No será necesaria ratificación de los informes, de las actuaciones obrantes en expedientes y demás documentación administrativa cuya aportación sea preceptiva según la modalidad procesal de que se trate».

En este sentido, no se trataría, en última instancia, más que de normalizar –una vez más– lo que ya ocurrió en la pandemia, de modo que, si bien condicionada siempre a la decisión del órgano judicial y/o petición de las partes, la ratificación pericial se hacía con frecuencia de forma telemática, para evitar desplazamientos. Sea del peritaje público (forense, equipos psicosociales), sea de los privados, de parte. El primero se haría telemáticamente en su sede pública; los segundos, desde los despachos profesionales, hoy prácticamente todos bien equipados para esta comunicación telemática.

Sin embargo, un significativo sector de doctrina judicial consideraría que no es ni posible ni adecuada una generalización de ese tipo, de manera que habría que delimitar una clara distinción. A saber:

- El personal pericial público, al estar sujeto a una actividad profesional imparcial y atendiendo al interés general, no condicionado por el interés de parte, sí podría

intervenir con carácter general desde sus organismos públicos a través de la vía telemática (por ejemplo, forenses, Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, Instituto Nacional de Toxicología, etc.). La certeza de su identidad y la integridad de sus comunicaciones estarán garantizadas.

- El personal pericial privado o de parte, en cuanto que queda más condicionado al interés de parte, sin prejuzgar la calidad profesional de su trabajo y autonomía en el ejercicio de su actividad pericial, no podría quedar exento de la ratificación de su dictamen en sede judicial, para que el órgano judicial y el resto de partes puedan realizar las preguntas, objeciones o aclaraciones necesarias y en directo.
- Las personas expertas o especializadas en los términos del artículo 95 de la LRJS deberían, en buena lógica y coherencia jurídica, también diferenciarse por la naturaleza de su vínculo de empleo: si pertenecen a organismos públicos especializados en las materias de referencia –discriminación, seguridad y salud en el trabajo, etc.–, se deberían adscribir a la regla de la liberación de presencialidad física para ejercer su deber de ratificar el dictamen o informe, haciéndolo telemáticamente; pero si pertenecen a entidades privadas (profesionales, comisiones paritarias para los convenios, incluso entidades sin ánimo de lucro y del tercer sector), debería ser exigible también para estas personas peritas la ratificación presencial.

Honestamente, me parece que estas distinciones y continuos recelos y sospechas, pese a tratarse de personas profesionales que deben acreditar reputación profesional y reconocimiento externo, responden más a prejuicios y atavismos de un pasado procesal basado en la presencialidad que a la racionalidad de una actuación propia de tiempos cuyo signo es la digitalización. Esta sospecha también respecto de las comunicaciones de personas profesionales del peritaje debería tener fecha de caducidad y situarse en la entrada en vigor de las reformas proyectadas, al menos la de eficiencia procesal.

5. La prueba de revisión de los hechos en suplicación y su actualidad a través de las nuevas pruebas tecnológicas: ¿son o deben ser todas documentales?

5.1. Las disfunciones de la prueba de revisión de hechos en suplicación y el lastre de la sobrecarga del orden social para su necesaria reforma

Es bien conocido que el carácter extraordinario de los recursos en el orden social (que no son devolutivos) prohíbe recibir el pleito a prueba, salvo prueba documental y pericial (art. 233 LRJS), lo que marca una clara diferencia con la apelación. No hay ningún viso de que esto se vaya a cambiar, ni a corto ni a medio plazo, por cuanto supondría un incremento

de la carga de trabajo en la suplicación y, posteriormente, en casación, que nadie se plantea poder (querer) asumir. No significa que no se sea consciente de que en este ámbito de la revisión fáctica en suplicación hay notables disfunciones.

Así, primero, la probabilidad de éxito es pírrica (apenas 1 de cada 10), generando un gran trabajo en quien recurre y quien resuelve para terminar en fracaso. Segundo, la suerte a tal fin es muy dispar según la sala de suplicación, con lo que sufre tanto la seguridad jurídica como la igualdad de trato en la aplicación de la ley. Tercero, cabe apreciar un fuerte contraste entre la dogmática jurídica, citada por todas las salas, y la práctica, que evidencia cómo se acepta revisar los hechos para aspectos no relevantes en el fallo, adquiriendo, así, una dimensión más estética o cosmética que jurídica. Se ha criticado, con razón, esta situación (Molins García-Atance, 2021, p. 24):

[...] la finalidad de cualquier recurso no es la de mejorar la técnica de redacción de los hechos probados de la sentencia de instancia, ni incorporar datos de dudosa trascendencia. La finalidad del recurso y el interés de la parte al recurrir consiste en corregir la injusticia de la sentencia de instancia, expresada [...] en el fallo de la resolución.

Inasumible un cambio de modelo legal, ni profundo ni parcial, por razones solo realistas (sobrecarga) sí se plantea una intervención legislativa mínima y correctora de las disfunciones prácticas. De ahí que se proponga (Molins García-Atance, 2021, p. 24): «En aras de salvaguardar la unidad de la institución [...] normativizarse algunos de sus requisitos esenciales, clarificando su naturaleza extraordinaria. Deberían incluirse en el art. 196.3 LRJS, explicitando las exigencias esenciales de la revisión fáctica».

5.2. Eventual impacto de la prueba digital como documental en una mejora de la revisión fáctica dentro del recurso de suplicación: evolución dispar

A mi juicio, al hilo de esta observación crítica, normativa y práctica, puede hallarse en el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC) una nueva perspectiva de análisis del tema del acceso del momento de prueba al recurso de suplicación (por lo tanto, también de casación). Es clave, a tal fin, la calificación de las pruebas basadas en estas tecnologías (por ejemplo, correos electrónicos, WhatsApp, redes, grabaciones de imágenes y sonido, etc.), cuyo uso está cada vez más extendido en las relaciones de trabajo y, por lo tanto, inevitablemente, en el proceso social (Armenta Deu, 2018; Martínez Moya, 2020; Sánchez, 2023).

Conviene advertir que no pretendemos analizar el uso de estas NTIC en el seno de las relaciones laborales, ámbito extensísimo y sobre el que hay numerosos análisis, también muy recientemente y en un plano muy judicial (UGT, 2023), ni siquiera en el ámbito procesal

social, donde, con menos intensidad, también empiezan a realizarse estudios (Godino Reyes, 2021). Nuestra pretensión, más específica y modesta, pero de inmediata utilidad práctica, sin que haya una posición cerrada al respecto, es analizar las consecuencias prácticas que, sobre todo para la revisión en suplicación, tiene el que se califiquen de un modo u otro estos nuevos medios probatorios derivados de la transición o transformación digital. En este estricto ámbito, comprobaremos la posición desigual que existe en el tratamiento del correo electrónico como prueba documental, aceptado ya por la jurisprudencia unificada, superando las diferencias en suplicación a tal fin, y el que se sigue otorgando al WhatsApp, considerado como un medio probatorio atípico y al que unas doctrinas de suplicación otorgan el calificativo de prueba documental y otras, en cambio, se lo niegan. En este caso no contamos todavía con un criterio unificado.

En lo que concierne al correo electrónico (*e-mail*) como prueba documental válida no hay ya, como se ha recordado, duda alguna, en virtud del criterio unificado (STS 706/2020, de 23 de julio –Rojo Torrecilla, 2020–). Su principal valor práctico será la asunción de la validez de una revisión fáctica en los recursos extraordinarios (casación, también suplicación) aportando como prueba la comunicación derivada de un correo electrónico, por constituir un medio de prueba documental. La condición exigida es que se acredite o se garantice su autenticidad, para lo que debe valorarse (en suplicación o casación, si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique, si ha recibido autenticación a través de técnicas adecuadas a tal fin, en su caso, y si goza de «literosuficiencia» en sí).

Aun sin citarla, una reciente doctrina de suplicación evidencia su vis expansiva, en virtud del principio de libertad de medios probatorios, siempre que sean válidos. Es el caso de la STSJ de Canarias/Las Palmas 741/2022, de 18 de noviembre, que confirma de forma íntegra la sentencia de instancia (incluido el relato de hechos, sin revisarlos, pero con un análisis muy detallado de sus presupuestos –prototipo de lo que sucede usualmente–) y en la que se estimó la excepción de caducidad de la acción de despido, al dar validez al correo electrónico por el que se le notificaba la carta del despido. En el plano teórico, recuerda las reglas de la carga de la prueba (art. 217 LEC), correspondiendo a la empresa interesada en hacer valer la caducidad, como medio para ser absuelta de la pretensión actora, la carga de probar bien la fecha inicial del cómputo del plazo de 20 días hábiles (fecha de efectos del despido), bien cuándo se notificó, o cuándo se produjo el cese efectivo. Acreditados esos extremos, corresponde a la persona trabajadora probar de forma fehaciente si entre ese día inicial y la fecha de presentación de la demanda («que es antecedente procesal y no necesidad prueba») se evidencia que han transcurrido más de 20 días hábiles. Pues bien, la empresa habría cumplido aquí con su carga, y no la parte trabajadora. En el plano jurídico, asume una visión extensiva de los mecanismos de prueba a disposición de las partes, también de la empresa, para probar los hechos.

En suma, no sería el formato de la comunicación lo determinante para la eficacia y validez de la prueba, sino el principio sustantivo al que responde la exigencia de certeza del medio: la claridad de los hechos constitutivos del momento para determinar el inicio de la

caducidad es una exigencia de la efectividad de la tutela judicial. No hay que olvidar que, como sostiene reiteradamente la jurisprudencia, la caducidad, aunque tiene por finalidad dotar de seguridad al tráfico jurídico, es una medida excepcional que provoca la decadencia de un derecho y de la acción para hacerlo efectivo en el supuesto de que no se ejercite en el plazo previsto por la ley, requiriendo interpretación restrictiva, sin que pueda ser objeto de interpretación extensiva¹¹.

Más dudas existen todavía hoy en torno a la calificación que debe merecer el uso de otras tecnologías hoy muy extendidas, como los sistemas de mensajería instantánea, en especial WhatsApp, en el juego de las reglas probatorias (obtención, admisión, valoración). Al respecto, el Auto del TS (ATS) de 5 de junio de 2022 (rec. 938/2021), tras recordar, con abundante cita de sus precedentes jurisprudenciales, que la finalidad institucional del recurso de unificación de doctrina casa mal con el carácter excepcional de la revisión de los hechos, concluye que «la consideración de las comunicaciones por WhatsApp y correo electrónico como documentos válidos para la revisión de hechos probados en suplicación carece de contenido casacional».

Por lo tanto, atendido también el ATS de 20 de octubre de 2013 (rec. 674/2016), ha de asumirse, al menos de momento, que las conversaciones de WhatsApp servirían «para fijar la convicción del juzgador respecto de los hechos probados¹², pero no para modificarlos». En consecuencia, en el actual estado del arte interpretativo en la materia, el debate interesante sobre este aspecto se mantiene en sede de suplicación, donde no hay un acuerdo pleno, dominando la disparidad, una vez más (UGT, 2023, pp. 15 y ss.). Una disparidad que también puede apreciarse en relación con la posición mantenida en otros órdenes jurisdiccionales (penal, militar).

Al respecto, una primera línea de suplicación admite una conversación realizada por WhatsApp como prueba documental si concurren determinadas condiciones (que no se trate solo de un pantallazo, sino que la conversación sea transcrita y aparezca algún modo de cotejo para su autenticidad –acta notarial, cotejo por el LAJ, pericia–). Sería el caso de la STSJ de Galicia 556/2017, de 27 de enero. Sin embargo, esta sala no parece tener un criterio claro. Así se deriva de su posterior Sentencia de 26 de marzo de 2021 (rec. 4733/2020) (también de la de 26 de marzo de 2019, rec. 440/2019), que niega la naturaleza de prueba documental al WhatsApp:

¹¹ Vid. STS 82/2020, de 29 de enero (en el caso concluye que el *dies a quo* para el plazo de caducidad de la acción de despido se fija en la fecha en la que el trabajador recogió el burofax en la oficina postal, fecha en la que tuvo conocimiento de la carta de despido). Para esta doctrina restrictiva, citando el precedente jurisprudencial apenas comentado, vid. STSJ de Murcia 224/2021, de 9 de marzo. En cambio, la STSJ de Extremadura 150/2022, de 9 de marzo, prima la seguridad jurídica.

¹² La STS 917/2022, de 15 de noviembre, reconoce que un mensaje de WhatsApp tiene virtualidad suficiente para activar la garantía de indemnidad y declarar la nulidad de un despido.

El medio de prueba en el que se apoya no es prueba hábil a efectos revisorios ya que no es ni documental, ni pericial, sino uno de los nuevos medios de prueba del art. 299.2 de la LEC [...]¹³. No desconocemos la solución alcanzada por la STS de 23 de julio de 2020, rec. 239/2018, respecto a los correos electrónicos, pero la misma se refiere a este concreto medio de transmisión de comunicación, y cuya doctrina no consideramos extensible a cualquier medio de transmisión de datos electrónico, sino exclusivamente al correo electrónico.

En una dirección opuesta se sitúa la STSJ del País Vasco 73/2021, de 19 de enero. Esta sala sí le atribuye categoría de prueba documental, constatando un giro jurisprudencial (negado por la sala gallega):

Muestra de la antigua doctrina [los medios de reproducción audiovisual y los soportes electrónicos eran medio de prueba de naturaleza autónoma y no propiamente documentos] se contiene en las Sentencias TS 26 de noviembre de 2012 y 16 de junio de 2011 (recursos 786/23012 y 3983/2010), mientras que su asimilación a la categoría de documentos se contiene en la reciente Sentencia de fecha 23 de julio de 2020 (recurso 239/2018) de esa misma sala.

Tampoco parece haber un pleno acuerdo a la hora de establecer la forma en que ha de aportarse, variando el grado de diligencia de investigación requerida a fin de la indispensable garantía de autenticidad de su contenido. De un lado, se ha constatado un cambio en la forma de aportación de esta prueba, pues no basta un simple pantallazo (captura de pantalla), como al inicio. De otro, en cuanto a su naturaleza jurídica, la pugna jurisdiccional está en dilucidar si basta con aportar algún procedimiento de cotejo fiable (comparación autenticada externamente del contenido de los mensajes de WhatsApp aportados en las transcripciones con los mensajes visualizados directamente en el dispositivo en el que estén almacenados –LAJ, acta notarial–), posición más extendida en el ámbito social, o si se precisa, además, una prueba pericial informática de autenticidad.

Esta prueba sería exigible cuando el cotejo resulte insuficiente para acreditar la autenticidad de los mensajes, puesto que a su través puede verificarse la identidad de los interlocutores, pero no la ausencia de manipulación de su contenido. Esta es la posición de la STS, Sala 5.^a, 90/2021, de 7 de octubre (confirma la sanción de empleo y sueldo de un sargento por el contenido de una comunicación de WhatsApp). En cambio, a mi juicio más convincente, la STS, Sala 2.^a, 754/2015, de 27 de noviembre, considera que no será necesaria esta autenticación pericial «cuando no exista duda al respecto mediante la valoración de otros elementos de la causa o la práctica de otros medios de prueba». La sentencia no solo es válida para WhatsApp, sino que sus argumentos se pueden aplicar al uso de otras aplicaciones de chat como Telegram o Facebook.

¹³ Descarta también que se trate de un documento electrónico o informático (prueba documental), en los términos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

En consecuencia, el valor probatorio del WhatsApp dependerá, en todo caso, de la capacidad de asegurar su autenticidad probatoria por la parte que lo invoque, sin que quepa pedir, más si se trata de la persona trabajadora, un informe pericial como obligatorio, debiendo bastar el debido cotejo (STSJ de Asturias 465/2020, de 25 de febrero).

Debe recordarse que hay diferencias notables entre una calificación u otra. Y aclara la diferencia práctica para la aportación y valoración de este medio de prueba. Así, en primer lugar, mientras la prueba documental estaría regida por un sistema mixto de valoración probatoria (tasada en determinados documentos públicos y privados y libre en los restantes), los medios probatorios nuevos quedan al «sistema de valoración libre» (art. 326.2 LEC), por remitirse a ese cajón de sastre que son «las reglas de la sana crítica» (arts. 382 y 384 LEC) (Goñi Irulegui, 2020). En segundo lugar, y por lo que aquí más interesa, el que abra o no la revisión fáctica en suplicación (y, por lo tanto, en casación). Una cuestión para dilucidar por el TS más pronto que tarde, como ocurrió con el correo electrónico y pese a su posición desidiosa inicial, que tiende a rechazar su interés casacional, sin duda como una expresión de «autotutela», de paso también de defensa frente a la sobrecarga que se puede derivar para la suplicación.

6. Alguna observación más final que conclusiva

La Administración de Justicia en general, y la social mucho más, debe dejar de ser tan recelosa, e incluso impermeable a la evolución e innovación tecnológica. A mi juicio, lejos de romper con sus tradiciones y rituales de presencialidad (también, aun menos en lo social) de documentalismo, permite mejorarlas conforme a la transformación digital de su funcionamiento, *ad intra* y *ad extra*. En suma, como regla, todas las pruebas deberían poder realizarse telemáticamente, desde luego la de ratificación pericial, salvo que, por sus características, su práctica telemática pudiera perjudicar a algunos de los intereses en juego o no reunir las garantías debidas. Asimismo, las pruebas digitales que gocen de las debidas garantías de autenticidad deberían tenerse como documentales y, en consecuencia, abrir la revisión de hechos en suplicación (y casación).

El actual proceso de reformas legislativas, más relevantes por su número que por sus efectos, debería ser una buena oportunidad para introducir estas reglas de forma mucho más precisa y transparente, no solo en la LEC, también en la LRJS. Lamentablemente, ni con carácter general, ni menos en su proyección específica social, estas reformas están orientadas en esta misma dirección, por la escasa significación de los cambios previstos.

Referencias bibliográficas

- Armenta Deu, T. (2018). Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 27, 67-78.
- Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carbone, C. A. (2011). Estado de inseguridad, igualdad de armas y la influencia en la imparcialidad del juez. *La Ley 2011-F*.
- Cardona Fernández, A. M. (2021). La celebración de juicios telemáticos: ¿es la solución a la pandemia y al colapso judicial? *Diario La Ley*, 9786.
- Carnelutti, F. (1979). *La prueba civil* (Traducción de la 2.ª edición italiana). Ediciones Depalma. (Obra original publicada en 1947).
- CGPJ. (2020a). *Guía de buenas prácticas para la reactivación de la actividad judicial y adopción de medidas de salud profesional para la prevención de contagios en sedes judiciales*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Informacion-COVID-19/Guias-y-Protocolos/Guia-de-buenas-practicas-para-la-reactivacion-de-la-actividad-judicial-y-adopcion-de-medidas-de-salud-profesional-para-la-prevencion-de-contagios-en-sedes-judiciales>
- CGPJ. (2020b). *Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-aprueba-una-Guia-para-la-celebracion-de-actuaciones-judiciales-telematicas>
- Falcón, E. M. (2003). *Tratado de la prueba* (Vol. 1). Astrea.
- Falcón, E. M. (2006). *Tratado de derecho procesal civil y comercial* (Vol. 2). Rubinzal-Culzoni.
- Godino Reyes, M. (Coord.). (2021). *La prueba derivada de las nuevas tecnologías en el proceso laboral*. Lefebvre.
- Gómez Esteban, J. (2020). Juicios telemáticos en el orden jurisdiccional social: ¿utopía transformada en realidad apresurada? *Diario La Ley*, 9662.
- Goñi Irulegui, A. M. (2020). El valor probatorio de los mensajes de «WhatsApp» en el proceso laboral. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 233, 41-76.
- López Hormeño, M. C. (2021). Principio de igualdad y tutela judicial efectiva sin indefensión en el proceso social, en especial en el acto del juicio: puntos críticos y propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Loutayf Ranea, R. G. y Solá, E. (2017). Principio de igualdad procesal en materia probatoria. En J. W. Peyrano (Dir.), *Elementos de derecho probatorio*. Rubinzal-Culzoni. <https://filadd.com/doc/principio-de-igualdad-procesal-en-materia>
- Martínez Moya, J. (2020). El correo electrónico como medio probatorio: su naturaleza de prueba documental a los efectos de los recursos de casación y suplicación. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 9. https://doi.org/10.55104/RJL_00185
- Molina Navarrete, C. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*. La Ley.
- Molina Navarrete, C. (2021a). *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de gestión y garantías*. Bomarzo.
- Molina Navarrete, C. (2021b). Protección contra el despido injusto en la carga social europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT. En C. Salcedo

- Beltrán (Dir.^a), *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al profesor José Vida Soria* (pp. 145-196). Tirant lo Blanch.
- Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M. R. (Dirs.). (2021). *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Molins García-Atance, J. (2021). La prueba en el proceso social y en los recursos: propuestas de reforma. *Cuadernos Digitales de Formación*, 38.
- Moro Valentín-Gamazo, A. (1 de abril de 2018). La prueba en el proceso laboral. *Economist & Jurist*. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-prueba-en-el-proceso-laboral/>
- Oteiza, E. (Coord.). (2009). *La prueba en el proceso judicial*. Rubinzal-Culzoni.
- Rojo Torrecilla, E. (30 de septiembre de 2020). Aceptación del correo electrónico como prueba documental. Notas a la importante Sentencia del Pleno de la Sala Social del Tribunal Supremo de 23 de julio 2020. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/09/aceptacion-del-correo-electronico-como.html>
- San Cristóbal Villanueva, J. M. (2020). La tramitación del proceso social por medios telemáticos y sus problemas. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, número extra 12.
- Sánchez, L. (10 de febrero de 2023). Presentar mensajes de WhatsApp en un juicio no siempre requiere de informes periciales. *Economist & Jurist*. <https://www.economistjurist.es/zbloque-1/presentar-mensajes-de-whatsapp-en-un-juicio-requiere-siempre-informes-periciales/>
- Sanz Tomé, F. (2006). *La prueba en el proceso laboral* (Vols. I y II). Lex Nova.
- Taruffo, M. (2009). *La prueba en el proceso judicial*. Rubinzal-Culzoni.
- UGT. (2023). *El uso del WhatsApp en las relaciones laborales*. Servicio de Estudios Jurídicos. <https://servicioestudiosugt.com/el-uso-de-whatsapp-en-las-relaciones-laborales/>
- Vélez Toro, A. J. (2021). La normalización de una justicia de excepción. *Diario La Ley*, 9779.

Susana de la Casa Quesada. Es doctora en Derecho y profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Jaén. Su trayectoria investigadora se cimenta sobre tres grandes líneas de investigación ligadas a la seguridad y salud laboral, a las políticas de empleo y al impacto de la sociedad digital sobre las relaciones laborales. Fruto de esta labor ha sido la publicación de numerosos estudios –monografías y artículos doctrinales– y la participación como investigadora principal y/o miembro en diferentes proyectos de investigación. <https://orcid.org/0000-0003-1020-7841>