

Cómo asegurar la validez de los Whatsapp en un juicio

Los juzgados ya examinan despidos a través del móvil

Un pantallazo suele no ser suficiente y se solicitan más medios

PEDRO DEL ROSAL

20 de marzo de 2018

Los procedimientos judiciales no son ajenos a la colonización que las nuevas tecnologías han hecho de todos los ámbitos de la vida personal y laboral. En consecuencia, los juzgados han tenido que adaptarse a tratar con pruebas cuyo contenido son comunicaciones realizadas a través de redes sociales y sistemas de mensajería instantánea y que, en muchos casos, son determinantes para resolver un litigio en un sentido o en otro.

De entre todas las aplicaciones que canalizan las nuevas formas de comunicarse, Whatsapp es la más empleada por los españoles. Nueve de cada diez usuarios la tienen instalada en el móvil y, de los mismos, la práctica totalidad la usan a diario, según el Centro de Investigaciones Sociológicas. En este contexto, resulta fundamental que los abogados sepan cómo aportar al procedimiento los comentarios, archivos o fotografías enviados por Whatsapp y que pueden constituir una prueba esencial para la pretensión de su cliente, de tal manera que el juez o tribunal le otorguen validez y no pueda ser impugnada eficazmente por la contraparte.

Una de las jurisdicciones en la que las comunicaciones a través de redes sociales y otras *apps* han incrementado exponencialmente su presencia es la laboral. Ya no resulta extraño que los juzgados deban pronunciarse sobre un despido comunicado a través del móvil o una sanción disciplinaria por los mensajes vertidos en Facebook o Instagram.

En los procedimientos, las comunicaciones realizadas por Whatsapp topan con dos causas de impugnación: la licitud de la obtención del contenido de la conversación y el cuestionamiento de la autenticidad e integridad de la misma.

Secreto de las comunicaciones

El artículo 90.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social advierte de que no serán admitidas las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan una violación de derechos fundamentales. “En estos casos, el *alegato estrella* de los demandantes, es que la empresa ha obtenido la prueba violando el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones; sin embargo, existen muchas sentencias que han descartado la vulneración en procedimientos en los que se han utilizado capturas de Whatsapp”, explica Vidal, que el 22 de marzo imparte en ESADE una ponencia sobre cómo aportar los mensajes vertidos en redes sociales y *apps* en el proceso laboral.

En efecto, son múltiples las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) que avalan esta postura.

El TSJ de La Rioja, en una sentencia del 22 de enero de 2016, determinó que la entrega de los Whatsapp a la empresa por un compañero de trabajo receptor de éstos, no vulnera el secreto de las comunicaciones. Y, en la misma línea, el TSJ de Cataluña validó el despido disciplinario de la directora

de una guardería por sus burlas contra un niño en un grupo que compartía con varias empleadas, después de que una de ellas entregara a la empresa la transcripción literal de la conversación.

El TSJ andaluz, en una resolución del 22 de noviembre de 2017, recoge la posición de todas ellas al aseverar que “la difusión a terceros por parte de una de las partícipes en el chat de Whatsapp del contenido de los mensajes, no vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”. Y es que, de acuerdo con la doctrina constitucional, no hay secreto para aquel a quien se dirige la comunicación.

¿Vale un simple ‘pantallazo’?

En relación a la validez de la prueba, Vidal advierte de que “lo normal es que se entienda que la mera captura de pantalla no es suficiente y se requieran medios de prueba instrumentales o adicionales para acreditar su integridad y autenticidad”.

En este sentido, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en una sentencia de 19 de mayo de 2015 (de la que fue ponente el magistrado Manuel Marchena) subrayó que la prueba de una comunicación bidireccional mediante un sistema de mensajería instantánea debe ser abordada “con todas las cautelas” dada la “posibilidad de manipulación de los archivos digitales”. Así, “será indispensable”, en caso de impugnación de la autenticidad de la conversación, “la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la integridad de los interlocutores y la integridad de su contenido”.

Según apunta Vidal, es “recomendable” que, quien aporte esos *pantallazos*, acuda a juicio con medios que prueben su autenticidad, aunque éstos no se circunscriben únicamente a la prueba pericial, pudiendo servirse también, por ejemplo, de la testifical de alguno de los interlocutores.

Además, la impugnación no desactiva automáticamente la captura de pantalla. “Aunque se acuda solamente con los pantallazos, no por ello es retirado del proceso, y ni siquiera apartado del examen judicial valorativo, sino que el tribunal podrá valorarlo de acuerdo con las reglas de la *sana crítica*, tal y como dispone el artículo 326.2, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, observa el jurista.

El TSJ de Galicia, hizo un detallado análisis de la cuestión en su sentencia de 28 de enero de 2016, al señalar cuatro supuestos que pueden darse en relación a las conversaciones a través de apps y redes sociales: cuando la parte interlocutora de la conversación no la impugna; cuando la reconoce expresamente; cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (a través de la exhibición); o, por último, cuando una pericial acredita la autenticidad y el envío de la conversación “para un supuesto diferente de los anteriores”.

Además de estos cuatro supuestos, Vidal señala otros dos. El reconocimiento judicial, validado por el TSJ del País Vasco en sentencia de 23 de septiembre de 2014, o dirigir un requerimiento a la compañía proveedora del servicio. Opción, esta última, que plantea importantes dificultades.

¿Qué debe hacer, por lo tanto, el letrado que quiera aportar como prueba el contenido de unos mensajes de Whatsapp? Ante el “recelo” de muchos tribunales, Vidal recomienda “adoptar medidas de aseguramiento de prueba”. Entre ellas, aportar el terminal al letrado de la Administración de Justicia o un notario para que levante acta de su contenido, los números de teléfono involucrados y la hora y la fecha de la conversación. Además, en caso de sospechar la impugnación de la contraparte, ve necesario reforzarse con una pericial informática, testificales que ratifiquen el contenido de los mensajes o solicitar la prueba del reconocimiento judicial.

Por último, el jurista señala que, aunque la impugnación no conlleva directamente la no valoración por parte del juez, dada la difícil eficacia revisoria en suplicación, “debemos aportar las pruebas al procedimiento de tal forma que desincentiven el recurso de la parte contraria”.

Los mensajes en los tribunales

‘Sentencia Tuenti’. El 19 de mayo de 2015, el Supremo reclamó “cautela” en análisis de las capturas de pantalla y determinó que resulta “indispensable” la práctica de una prueba pericial “que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido”.

Cuatro supuestos. El Tribunal Superior de Galicia, ha distinguido cuatro supuestos: cuando el interlocutor no impugna la conversación; cuando la reconoce de forma expresa; cuando se comprueba la autenticidad a través del cotejo del teléfono implicado; y cuando se aporta prueba pericial.

No vulnera el secreto. El Tribunal Superior andaluz ha remarcado que la difusión de “uno de los partícipes” de una conversación en un chat “no vulnera” el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones porque “no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige”.

Reconocimiento judicial. El TSJ del País Vasco recuerda que aunque es poco habitual la prueba del reconocimiento judicial en el orden social, también es un medio válido para acreditar la autenticidad de unos mensajes.

Dimisión tácita. Los casos que llegan a los tribunales recomiendan precaución en las comunicaciones por Whatsapp en el entorno laboral. El TSJ de Madrid admitió hace unos meses unos mensajes a través de esta ‘app’ como prueba de la dimisión tácita de una empleada.