

La grabación de sonido no tiene naturaleza de prueba documental ni, en consecuencia, eficacia revisora de hechos probados.

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: *La cuestión que el Tribunal Supremo afronta es si una prueba de grabación de sonido, en concreto la grabación parcial de una conversación entre la trabajadora demandante y el gerente de la empresa, reproducida en el acto del juicio, es documento hábil en el que fundar la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida. La respuesta negativa se basa en una asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que niega naturaleza documental a la grabación de conversaciones. El Tribunal Supremo anula la sentencia de suplicación recurrida, que había modificado los hechos probados por la sentencia de instancia con base en la reproducción en el acto de juicio de una conversación grabada.*

Palabras clave: *Prueba documental. Otras pruebas. Procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido. Revisión de hechos probados. Recurso de suplicación.*

Abstract: *The question before the Supreme Court is whether a sound recording, specifically the partial recording of a conversation between the plaintiff worker and the company manager, reproduced at the trial, is a suitable document on which to base a review of the facts declared proven in the judgment under appeal. The negative answer is based on the settled case law of the Supreme Court, which denies the documentary nature of recorded conversations. The Supreme Court annulled the appealed appeal judgement, which had modified the proven facts of the lower court judgement on the basis of the reproduction of a recorded conversation at the trial.*

Keywords: *Documentary evidence. Other evidence. Documentary evidence, other evidence, procedures for the reproduction of words, images and sound. Review of established facts. Appeal in supplication.*

I. Introducción

La empresa extinguió el contrato de trabajo de la trabajadora en período de prueba. Frente al desistimiento empresarial, la trabajadora demandó la declaración de nulidad de su despido por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la garantía de indemnidad (art- 24.1 CE), pues el desistimiento empresarial se habría producido en represalia por las reclamaciones formuladas por la trabajadora frente a la empresa respecto de sus condiciones salariales y de tiempo de trabajo, que habrían quedado probadas en una conversación sostenida entre la trabajadora y el gerente de la empresa, grabada en audio y reproducida en el juicio. En grado de suplicación, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja modificó

los hechos probados de la sentencia de instancia precisamente por la prueba aportada al juicio consistente en la reproducción parcial de la conversación mencionada.

La Sentencia 325/2022, de 6 de abril, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, casó la sentencia de suplicación en el extremo en que revisó los hechos declarados probados por la sentencia de instancia mediante una prueba de reproducción parcial de sonidos carente de naturaleza documental y, en consecuencia, desprovista legalmente de eficacia revisora de los hechos probados.

La sentencia comentada, de construcción intachable, se abona a una línea jurisprudencial consolidada desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, y hoy pacífica en el seno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sobre los nuevos medios de prueba de grabación de palabras, de creciente importancia en la realidad social y jurídica afectada por transformaciones tecnológicas imparables. Y sobre su separación de las pruebas documentales, que tampoco han podido sustraerse ya, ni lo harán en el futuro, a la fuerza de los cambios digitales y de otras tecnologías.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social

Número de resolución judicial y fecha: 325/2022, de 6 de abril

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación para la unificación de doctrina nº. 1370/2020

ECLI: ES:TS:2022:1469

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Votos Particulares: sin votos particulares

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos

Según la relación de hecho probados de la sentencia de instancia:

La trabajadora venía prestando servicios para la empresa demandada, Inmuebles y Edificios de Cameros SL, desde el 2 de enero de 2019 con la categoría de directora de residencia y un salario según convenio. La relación se articuló mediante contrato indefinido en el que se fijó un periodo de prueba de tres meses. El 27 de febrero de 2019 la empresa comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato por no haber superado el periodo de prueba.

En el hecho probado séptimo se decía: “En fecha previa a la comunicación realizada por la empresa de fin de contrato, la actora mantuvo una conversación con el gerente, en virtud de la cual éste le indicaba cual era el importe del salario base a percibir según el convenio, por parte de la actora se le contestó que eso no era lo acordado y que ella prestaba servicios *full time*, contestando el gerente pues entonces en febrero terminamos”.

La trabajadora interpuso demanda solicitando la declaración de la nulidad de su despido, entendiendo que el desistimiento empresarial en el periodo de prueba se había efectuado en represalia por las reclamaciones, que había dirigido a la empresa, en demanda de reconocimiento de sus derechos salariales pactados, de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias, afectando a su derecho fundamental a la garantía de indemnidad. Solicitó, en consecuencia, la condena a la empresa demandada,

Inmuebles y Edificios de Cameros SL, a su readmisión y al abono de la indemnización de 6.251 euros, asumiendo el Fondo de Garantía Salarial su responsabilidad legal.

El 27 de marzo de 2019, la trabajadora instó papeleta de conciliación previa a la vía judicial en reclamación de 3.814,57 euros en concepto de horas extraordinarias.

2. Antecedentes

La sentencia del Juzgado de lo Social nº. 2 de Logroño 263/2019, de 29 de octubre^[1], declaró ajustado a derecho el cese de la trabajadora producido por la empresa por desistimiento durante el período de prueba y desestimó la demanda de nulidad del despido de aquélla, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra. Según argumentó la sentencia de instancia la conversación grabada y reproducida en el juicio “en sí misma” no podía determinar que se hubiera efectuado “una reclamación por la trabajadora” a la empresa determinante de “la decisión empresarial de desistir del contrato, máxime si tenemos en cuenta que en la misma se hace continua referencia por parte del empresario a que se abonará el salario del convenio que es precisamente lo que firmaron las partes en el contrato de trabajo, por lo tanto la empresa se limitó a indicar que se abonaría la retribución fijada en contrato lo cual no constituye violación de derecho fundamental alguno”.

La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación por la trabajadora ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. La sentencia de suplicación 18/2020, de 6 de febrero^[2], estimó la modificación del relato fáctico de la sentencia de instancia en relación con el incremento del haber regulador de la trabajadora y la supresión del hecho probado séptimo, que sustituyó por la transcripción del contenido de una conversación mantenida por la trabajadora con el gerente de la empresa, aportada por aquélla al acto de juicio mediante grabación de audio. La Sala de suplicación otorgó a la conversación grabada el valor de documento hábil a efectos revisorios: la trabajadora “ofrece para avalar su pretensión la grabación de audio que ella misma aportó en el acto del juicio. También este motivo merece favorable respuesta, porque se trata de un documento hábil y, aun cuando no recoge toda la conversación y, por tanto, el contexto en que se inscribe, da una idea más completa de la misma que la reducida versión judicial, resultando la propuesta más expresiva de la secuencia cronológica de dicha conversación, en la que primero el gerente propone una bajada del salario para limitarlo al del Convenio, hace hincapié en que la trabajadora siempre le va a reclamar que trabaja full time, y concluye que si la trabajadora insiste “acabamos en febrero”. La importancia del orden secuencial de la conversación ha quedado minimizada en la redacción judicial del hecho probado Séptimo, a pesar de que se extrae de la grabación que las discrepancias sobre el salario que se le pretende abonar en el futuro y sobre la jornada de trabajo parecen dar lugar finalmente a la decisión del gerente de terminar la relación laboral en febrero” (FD 4º). La Sala aceptó que la decisión extintiva del contrato traía causa de la voluntad empresarial de represalia de la reclamación efectuada por la trabajadora frente a la unilateral modificación del salario acordada por la empresa, apreciando indicios de vulneración de la garantía de indemnidad de la trabajadora en la conversación grabada, en la que el gerente de la empresa pretendía abonar a la trabajadora un salario inferior al pactado, por entender que no había realizado horas extraordinarias, sin que la empresa demandada hubiera justificado que su decisión nada tenía que ver con la vulneración del derecho fundamental. La garantía de indemnidad no solo cubre frente a la formalización de una acción judicial, sino frente a las reclamaciones ante la propia empresa, según la jurisprudencia constitucional (FD 8º). La sentencia estimó el recurso, revocó la sentencia de instancia y declaró la nulidad del despido, “condenando a la empresa demandada a readmitir a la actora en su puesto de trabajo, a abonarle los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, más a abonarle en concepto de indemnización la cantidad de 6.251,00 euros, y [...] al FOGASA a asumir su responsabilidad legal” (FD 9º).

La empresa formalizó recurso de casación unificadora de doctrina ante la Sala de suplicación, que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo admitió. Al haberse personado fuera de plazo la trabajadora recurrida, se la tuvo por personada sólo a efectos de notificaciones.

IV. Posición de las partes

La posición de las partes ha quedado expuesta en los antecedentes procesales del problema suscitado ante el Tribunal Supremo. En la demanda inicial y en el recurso de suplicación, la trabajadora sostuvo la nulidad del desistimiento empresarial en período de prueba por vulneración de su derecho fundamental a la garantía de indemnidad, por reclamación del salario pactado, superior al fijado en el convenio colectivo de aplicación -el Convenio Colectivo para la actividad de Residencias Privadas de Personas Mayores de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2018 a 2020-, por un trabajo *full time* y de las horas extraordinarias, con la vulneración consiguiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en relación con el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores. La trabajadora se habría negado a aceptar la modificación unilateral del salario pactado efectuada por la empresa, lo que probaba su conversación con el gerente, grabada parcialmente y reproducida en el acto de juicio. Insistió la trabajadora demandante/recurrente en suplicación en que la garantía de indemnidad no sólo se vulnera cuando es represaliado el trabajador por ejercitar la correspondiente acción, sino también cuando realiza actos preparatorios del ejercicio de la acción (FD 8º de la sentencia de suplicación).

La empresa opuso, en la instancia y en grado de suplicación, que abonaría el salario del convenio, que era lo que habían firmado las partes en el contrato de trabajo, sin que el cumplimiento del contrato constituyera violación de derecho fundamental alguno.

En su recurso de casación unificadora de doctrina, la empresa denunció, en su primer motivo, la extralimitación en que habría incurrido la sentencia recurrida en sus facultades de revisión de la prueba por inexistencia de error alguno. Alegó como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019^[3], que reiteró el carácter extraordinario del recurso de suplicación y la facultad prioritaria del juzgador de instancia en la valoración de la prueba. El Tribunal Supremo desestimó el primer motivo del recurso de la empresa por falta de contradicción, pues nada tenían que ver las pretensiones, cuestiones planteadas y razones de decidir de la sentencia referencial y de la recurrida, debatiéndose en aquélla la incongruencia de la sentencia recurrida y la errónea valoración por el tribunal de instancia de una prueba testifical^[4].

En el motivo segundo, sostuvo la inadmisibilidad de una grabación de sonido parcial como prueba eficaz para la revisión de los hechos probados, prueba igualmente inadmisibile para acreditar los indicios de vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad y, consiguientemente, aplicar la doctrina relativa a la inversión de la carga de la prueba, según el motivo tercero del recurso casacional. Señaló como sentencia de contradicción, a requerimiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la Sentencia del propio Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2012^[5], en impugnación de despido, que confirmó la de suplicación recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, razonando, con cita de su Sentencia de 16 de junio de 2011^[6], que, tras la LEC 2000, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen -fotogramas de las operaciones de caja resultantes de las cintas de seguridad, en el caso- tienen un tratamiento autónomo y no se consideran documentos, y que el carácter extraordinario del recurso de suplicación determina que la revisión de los hechos probados se sujete a la prueba documental estricta [art. 191.1.b) LPL]. En la doctrina de la sentencia de contraste, las grabaciones de audio y vídeo no tienen naturaleza de prueba documental, a efectos de fundar una revisión de hechos probados, concurriendo la

necesaria contradicción en la interpretación de la LEC de 2000, de aplicación supletoria al proceso social, habilitadora del recurso de casación unificadora de doctrina.

Denunció la empresa, en el motivo tercero de su recurso, la **inadmisibilidad de la prueba de grabación** de sonido a efectos de acreditar los indicios de vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad y aplicar la doctrina relativa a la inversión de la carga de la prueba, atendiendo a la doctrina de la sentencia de 18 de enero de 2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia^[7].

En el cuarto y último motivo de su recurso la empresa defendió su facultad extintiva de la relación laboral en el periodo prueba “*ad nutum*”, esto es, sin exigencia de invocar causa alguna para la adopción de la decisión extintiva, aportando como sentencia de contradicción, de nuevo, la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de enero de 2018.

V. Normativa aplicable al caso

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

Artículo 90. Admisibilidad de los medios de prueba

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

Artículo 193. Objeto del recurso de suplicación

El recurso de suplicación tendrá por objeto: b) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada reitera la doctrina consolidada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, contenida en las sentencias de 16 de junio de 2011 y de 26 de noviembre de 2012, aportada de contraste, ya citadas; de 20 de julio de 2016^[8] y de 15 de enero de 2020^[9]; y en el ATS de 27 de julio de 2016^[10], que niega valor de prueba documental a las reproducciones de sonido o imagen a efectos de fundamentar la revisión de hechos probados en un recurso de suplicación.

Reproduce la doctrina de la Sentencia de 16 de junio de 2011, primera de la serie doctrinal referida: “...La idoneidad de la prueba de los instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido para revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, al amparo del artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, se enmarca dentro de un recurso de carácter extraordinario. En efecto el recurso de suplicación tiene dicho carácter, tal y como resulta de su configuración legal, expresamente reconocida en la exposición de motivos de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 12 de enero de 1989, en su propia regulación y en las normas comunes a los recursos de casación y suplicación que aparecen en la Ley de Procedimiento Laboral. Dicho carácter asimismo ha sido reconocido por el Tribunal Supremo, desde la sentencia de 26 de enero de 1961 y por el Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencias 3/83, de 25 de enero de 1983; 17/86, de 13 de octubre de 1986 y 79/85, de 3 de julio de 1985. Consecuencia de tal carácter es la limitada revisión de hechos legalmente permitida, que únicamente puede realizarse a la vista de la prueba documental o pericial practicada en la instancia, por lo que la

interpretación del concepto de prueba documental, a la vista del carácter del recurso, necesariamente ha de ser efectuada de forma restrictiva..." (FD 4º.6º).

Recuerda la Sala que mantiene un concepto amplio de prueba documental, a partir de la distinción entre fuentes de prueba y medios de prueba, únicamente los regulados en la LEC, y de la constatación del avance tecnológico, que ha hecho extender el concepto de documento a la comprensión de los contenidos en soportes electrónicos con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). Identifica en la sentencia del Pleno de la Sala de 23 de julio de 2020^[11], decisión, que, pese a la existencia de precedentes aislados, abordó frontalmente la cuestión, la atribución de naturaleza documental a los correos electrónicos, aunque no todo correo electrónico pueda acreditar el error fáctico de la sentencia de instancia, virtualidad probatoria que depende de si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique, si se ha autenticado, en su caso, y si goza de literosuficiencia. Y precisa que, sin embargo, ese reconocimiento amplio de los soportes tecnológicos de materialización de los documentos no transmuta en documento lo que no lo es, como una grabación de audio de una conversación entre dos personas, un medio de reproducción de la palabra reconocido como medio de prueba en el artículo 90 LRJS, pero no incorporado como hábil a efectos revisorios en el artículo 193 b) LRJS.

La estimación de este segundo motivo significa la estimación del recurso de casación de la empresa y la anulación de la sentencia de suplicación recurrida, con devolución de los autos a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja para que, partiendo de la inadmisibilidad de la grabación de audio de la conversación entre la trabajadora demandante y el gerente de la empresa para revisar los hechos probados, mantenga inalterada la redacción del hecho probado séptimo de la sentencia de instancia y resuelva con libertad de criterio el resto de los motivos del recurso de suplicación. Dice la sentencia que es innecesario e improcedente la solución de los motivos tercero y cuarto del recurso, aunque resuelve el tercero, que entiende reitera el segundo cuya estimación se extiende a aquél.

VII. Parte dispositiva

[...E]sta Sala ha decidido:

1.- Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Inmuebles y Edificios Cameros SL [...].

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 6 de febrero de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en el recurso de suplicación núm. 239/2019.

3.- Ordenar la devolución de los autos a la Sala de procedencia para que partiendo de la imposibilidad de modificar los hechos probados de la sentencia de instancia con fundamento en una prueba de grabación de audio y, por tanto, de la imposibilidad de modificar el hecho probado séptimo de la sentencia recurrida, resuelva con plena libertad de criterio el resto de motivos del recurso de suplicación formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Logroño, de fecha 29 de octubre de 2019, autos núm. 199/2019.

4.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas”.

VIII. Pasajes decisivos

- “La cuestión a decidir en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si una prueba de grabación de sonido, en concreto la grabación parcial de una conversación entre la actora y el gerente de la empresa, practicada en el acto del juicio en la instancia, puede servir, en el recurso de suplicación para fundamentar la revisión de los hechos

probados; esto es si la aludida grabación puede ser considerada como documento hábil en el que fundar la pretendida revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida” (FD 1º.1).

- “La doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste que, junto con otras de esta misma Sala, ha reiterado la ineficacia a efectos de fundamentar la revisión de hechos probados en un recurso de suplicación de una prueba consistente en reproducción de sonido o imagen [...] negando a las grabaciones el valor de documento hábil a efectos de modificación de hechos probados” (FD 4º.1).
- “Es cierto que la Sala ha aceptado un concepto amplio de prueba documental, partiendo de la base de que hay que distinguir entre medios de prueba y fuentes de prueba. Medios de prueba son los instrumentos de intermediación requeridos por el proceso para la constancia material de los datos existentes en la realidad exterior; mientras que la fuente de prueba se refiere a la fuente de información del mundo exterior que está en capacidad de ofrecer el medio de prueba. Las fuentes de prueba que se incorporan al proceso a través de los medios de prueba son ilimitadas, pero los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la LEC” (FD 4º.2).
- “En nuestra STS de 23 de julio de 2020, 239/2018, sostuvimos un concepto amplio de documento, comprensivo de los electrónicos reconociendo que el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). En consecuencia, atribuimos la naturaleza de prueba documental a los correos electrónicos, sin que ello supusiese que todo correo electrónico podía acreditar el error fáctico de instancia, al igual que sucede con los documentos privados. Para ello será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique; si ha sido autenticado, en su caso; y si goza de literosuficiencia” (FD 4º.2)
- “Ahora bien, tal consideración documental no puede abarcar una grabación de audio de una conversación entre dos personas porque en sí misma tal conversación no tiene el carácter de documento que se incorpora a un soporte electrónico. Se trata de un medio de reproducción de la palabra reconocido como medio de prueba en el artículo 90 LRJS, pero no incorporado como hábil a efectos revisorios en el artículo 193 b) LRJS” (FD 4º.2).
-

IX. Comentario: sobre la transformación tecnológica imparable de los medios de prueba y la prueba documental

La sentencia se queda necesariamente en la problemática procesal de la prueba, suficientemente importante en nuestro mundo digitalizado y decisiva para el litigio que debía resolver, con devolución al Tribunal Superior de Justicia de la decisión de la cuestión de fondo sobre la vulneración del derecho fundamental de la trabajadora a la garantía de indemnidad por el desistimiento empresarial del contrato en período de prueba (art. 24.1 CE). La *ratio decidendi* de la sentencia es terminante: la grabación de una conversación es prueba válida (art. 90.1 LRRJS), pero carece de valor revisorio de los hechos probados en la sentencia de instancia al no ser prueba documental [art. 191.1.b) LRJS].

En el marco de una amplia discusión doctrinal y judicial sobre el tratamiento jurídico procesal de los nuevos medios tecnológicos de reproducción en las distintas jurisdicciones -con particularidades en el penal y del que, en el social, es observatorio

privilegiado la propia jurisprudencia de unificación de doctrina-, que arranca antes de la promulgación de la LEC del año 2000, la sentencia comentada se suma a una línea doctrinal ya establecida, desde la Sentencia de 16 de junio de 2011 -sobre una grabación aportada a juicio en que en fase probatoria se procedió a reproducir el sonido y la imagen-, que desconoce la naturaleza documental de los medios de reproducción del sonido, que refuerza.

Allí dijo el Tribunal Supremo que el artículo 299 de la LEC de 2000 ha procedido a regular *de forma separada* los medios de prueba tradicionales, entre ellos los documentos públicos y privados, y los nuevos medios probatorios como los “medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso” (art. 299.2); separación, ampliamente desarrollada, que acarrea la del régimen jurídico de estos medios de prueba del propio de la documental. A estos últimos destina la LEC la ordenación de sus artículos 382-384 (“De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso”). Añadió: los “documentos tienen un valor probatorio establecido legalmente, para los documentos públicos en el artículo 319 LEC y para los privados en el 326 LEC, en tanto las reproducciones de palabras, imágenes y sonidos captadas mediante instrumentos de filmación, grabación u otros semejantes, han de valorarse según las reglas de la sana crítica, a tenor del artículo 382.3 LEC” (FD 4º.3º). Concluyendo: en “el proceso laboral la forma de práctica de una y otra prueba es diferente. En efecto, mientras de la prueba documental que se presente ha de darse traslado a las partes en el acto del juicio, tal y como dispone el artículo 94 LPL, la práctica de la prueba de medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen se realiza en último lugar, una vez se han practicado todas las pruebas - artículo 300 LEC -, debiendo consignarse en acta los actos que se realicen para la práctica de dicha prueba, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones” (FD 4º.4). Sin que la LPL de 1995, la reforma de su artículo 90 por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y la posterior LRJS hayan introducido especialidades en su ámbito propio. Es sabido que, paradójicamente, la jurisprudencia civil y social eran mas amplias en las décadas finales del pasado siglo, antes de la promulgación de la LEC de 2000, en que, con apoyo, entre otros, en los artículos 1215 del Código Civil y 604 de la derogada LEC, así como en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, tendió a admitir como prueba documental -como documento privado- “los mecanismos o elementos derivados de los importantes avances y descubrimientos técnicos de los tiempos modernos, como son las cintas magnéticas, videos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano” (Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo 523/1999, de 12 de junio^[12]).

El voto particular de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2011, de la magistrada Virolés Piñol, sostuvo la posible proposición de la prueba de grabación de sonidos como documental, con el valor de documento privado y el régimen jurídico del artículo 326 de la LEC de 2000, aportando la parte al proceso el soporte y su transcripción escrita, con capacidad entonces de revisar los hechos probados en suplicación, sin que, a su vez, el hecho de que la grabación constituyera un documento de examen y audición directo del juzgador impidiera que pudiera ser objeto de una pericia.

La doctrina de la Sentencia de 16 de junio de 2011 fue confirmada por la de 26 de noviembre de 2012, que la reprodujo literalmente por razones de seguridad jurídica en su FD 3º, y que, es conocido ya, ha jugado en este caso como sentencia de contraste. La confirmación doctrinal ha continuado en las sentencias de 20 de julio de 2016, en que la recurrente pretendió la revisión fáctica sobre la base de una grabación aportada y visionada en el acto de la vista, su transcripción literal obrante en los autos, y la grabación audiovisual del acto de la vista con la intervención del testigo autor de la grabación (FD 3º); y de 15 de enero de 2020, sobre prueba audiovisual aportada en CD (FD 5º.3). Ninguna de las dos silenciaron que no cabe conferir naturaleza

documental a una prueba testifical a través de las grabaciones y de sus transcripciones. La última censuró que “no cabe practicar una prueba testifical a través de un audio que contiene declaraciones de una determinada persona, sin cumplir las exigencias legales respecto a la práctica de dicha prueba” (FD 4º.4). El Auto de 27 de julio de 2016, del que fue ponente la magistrada Virolés Piñol, denegó la solicitud de parte de aportación al proceso de nuevos documentos, archivos de audio y la transcripción de un “pen drive” con la transcripción de grabaciones, también porque “ni las grabaciones, ni su transcripción, tienen la consideración de documentos a los efectos previstos en la LRJS en relación a la LEC (L.1/2000), que ha procedido a dar un tratamiento autónomo a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, diferenciándolos de la prueba documental”, con cita de la sentencia de 16 de junio de 2011 (RJ 2º).

Ante las poderosas transformaciones tecnológicas la Sala quiere decir que no se ha quedado atrás, que ha aceptado, en la Sentencia de la Sala en Pleno 706/2020, de 23 de julio de 2020, un concepto amplio de prueba documental, que comprende los documentos presentados en soportes electrónicos o telemáticos, concepto amplio que es el que impera en el resto del ordenamiento jurídico y con el que tiene que resultar coherente la interpretación de la LEC. Y cita un apretado listado de normas legales: “el art. 26 del Código Penal; el art. 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; el art. 24.2 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; el art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; el art. 17 bis de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862; el art. 49.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; el art. 76.3 in fine del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; el art. 41.1 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre; y el art. 3 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado”.

De donde deduce que si no se acepta el avance tecnológico y no se asume un concepto amplio de prueba documental “llegará un momento en que la revisión fáctica casacional quedará vaciada de contenido si se limita a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo” (FD 4º.5) ¿Ha quedado abierta en aquella decisión la posibilidad de reconocimiento de los whatsapps o de otras “evidencias tecnológicas” como documentos privados con las mismas exigencias? ¿Y los servicios de mensajería instantánea o las comunicaciones de textos a través de las redes sociales?. El debate en los Tribunales Superiores de Justicia es intenso. En los tiempos excepcionales de la COVID-19, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 29 de julio de 2020^[13], validó la comunicación de la empresa a los trabajadores sobre su inclusión en un ERTE por fuerza mayor ante “las particulares circunstancias que rodearon a la tramitación del ERTE en cuestión, con un estado de alarma declarado por Real Decreto 4463/2020 de 14 de marzo de 2020 [...]” (FD 8º).

Volviendo a la sentencia del Tribunal Supremo comentada, recurre a la cualidad dual, ya presente en la Sentencia 706/2020, de las fuentes de prueba o de información del “mundo o realidad exterior”, ilimitadas, de las que surgen los medios de prueba capaces de atribuir constancia material en el “mundo o realidad” del proceso a los datos de la “realidad exterior”, limitados y regulados en la LEC, en su artículo 299.1 con carácter de *numerus clausus*. Y marca la diferencia de régimen legal: una cosa es admitir la materialización y presentación de documentos por medios electrónicos y otra otorgar valor documental a “una grabación de audio de una conversación entre dos personas porque en sí misma tal conversación no tiene el carácter de documento que se incorpora a un soporte electrónico”: “Se trata de un medio de reproducción de la palabra reconocido como medio de prueba en el artículo 90 LRJS, pero no incorporado como hábil a efectos revisorios en el artículo 193 b) LRJS”. El soporte tecnológico, o la reproducción de palabras, sonidos o imágenes, no son documentos. La regulación de la LEC sobre los documentos públicos y privados es agotadora, aunque los documentos puedan tratarse de “dibujos, fotografías, croquis, planos, mapas y otros documentos que no incorporen predominantemente textos escritos” (art. 333 LEC).

Ciertamente el artículo 90.1 de la LRJS reconoce como medios de prueba “los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”. No podría no hacerlo, pues, en caso contrario, el desajuste con la realidad, con las fuentes de prueba, supondría una limitación injustificada y desproporcionada del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE. Pero no son documentos. El Código Penal considera documento, a sus propios efectos y a los de la protección de los bienes jurídicos que tutela, “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”.

El legislador civil o laboral puede, dentro de su respectiva libertad de configuración constitucional (arts. 24 y 117.3 CE), mantener la regulación vigente, otorgar valor documental privado a los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, o reconocer eficacia revisoria de los hechos probados no sólo a las pruebas documentales y periciales en suplicación, o a las documentales en casación, sino también a estos otros medios de prueba. No puede olvidarse, sin embargo, que el avance tecnológico afectará, también decisivamente, a la prueba documental y, claro es, a la evitación de su manipulación (documentos electrónicos, archivos o ficheros digitales, documentos digitales certificados con *blockchain*...). El derecho a la prueba, contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión como garantía esencial del proceso (art. 24.1 CE), expresamente recogido en el artículo 24.2 de la Constitución, exigirá del legislador evitar restricciones indebidas de la eficacia revisora de medios de prueba que el progreso técnico ha convertido en usuales e imprescindibles. El derecho a la prueba es inseparable del derecho de defensa de los derechos e intereses legítimos, que los jueces y tribunales han de tutelar efectivamente (STC 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 4, por todas, y las II citadas)

Hasta tanto, el Tribunal Supremo ha de estar atento, como está, al cambio social y hacer evolucionar su doctrina hacia el concepto amplio de prueba documental, cuando del tal se trate, bien que contenida en soportes tecnológicos en permanente transformación, y con las garantías exigidas a los correos electrónicos. Está en juego la efectividad de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva con interdicción de toda indefensión y a un proceso con todas las garantías ante un cambio tecnológico acelerado y transversal, que todo lo invade y lo transforma. También está en juego la necesidad de preservar la seguridad jurídica, principio constitucional (art. 9.3 CE) entendido aquí, como tantas veces ha dicho el Tribunal Constitucional, como claridad y “certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable”.

X. Apunte final

No puede pasar inadvertido, obviamente, que la doctrina de la sentencia comentada, impecable en su argumentación jurídica a la vista de la LEC y de la LRJS, al negar naturaleza documental a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, les niega igualmente valor revisorio de los hechos probados en los recursos extraordinarios de casación [art. 207.d)].

Tampoco puede pasar desapercibido que, aunque con la debida retroacción a la Sala de suplicación y el debido respeto a su libertad de criterio, la sentencia comentada deja la cuestión principal en la situación poco confortable derivada de la inadmisión de la grabación de audio de la conversación entre la trabajadora y el gerente, ineficaz para alterar los hechos probados, conversación de la que se extraerían los indicios de vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad de la trabajadora frente a las reclamaciones por ella ejercidas frente a la propia empresa.

Referencias:

1. ^ Autos nº. 199/2019, de despido, ECLI:ES:JSO:2019:5437.
2. ^ Recurso de suplicación nº. 239/2019, ECLI:ES:TSJLR:2020:87
3. ^ Sentencia 212/2019, ECLI:ES:TS:2019:1002.
4. ^ *La sentencia se dictó en un proceso de impugnación de convenio colectivo promovido por CCOO para que se declarase que el incremento salarial previsto en convenio no era compensable ni absorbible con el complemento personal sustitutivo del plus de antigüedad.*
5. ^ ECLI:ES:TS:2012:8471.
6. ^ ECLI:ES:TS:2011:6216.
7. ^ Recurso de suplicación nº 4521/2017, ECLI:ES:TSJGAL:2018:286.
8. ^ Sentencia 689/2016, ECLI:ES:TS:2016:3977.
9. ^ Sentencia 31/2020, ECLI:ES:TS:2020:202.
10. ^ ECLI:ES:TS:2016:7540^a.
11. ^ Sentencia 706/2020, ECLI:ES:TS:2020:2925
12. ^ ECLI:ES:TS:1999:4156.
13. ^ Sentencia 59/2020, ECLI:ES:AN:2020:2087.