

TEMAS

La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI

Directora

Lourdes Mella Méndez

Coordinadora

Alicia Villalba Sánchez

■ LA LEY



La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI

Directora

Lourdes Mella Méndez

Coordinadora

Alicia Villalba Sánchez

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Edición: diciembre 2018

Depósito Legal: M-38160-2018

ISBN versión impresa: 978-84-9020-717-8

ISBN versión electrónica: 978-84-9020-718-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI ^(*)

Lourdes MELLA MÉNDEZ
Directora

Alicia VILLALBA SÁNCHEZ
Coordinadora

-
- (*) Este libro se incluye en los resultados de las siguientes actividades de Investigación financiadas por el MINECO
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD. UNIÓN EUROPEA. Proyecto de Investigación nacional del MINECO, titulado «Nuevas (novísimas) tecnologías de la información y comunicación y su impacto en el mercado de trabajo: aspectos emergentes en el ámbito nacional e internacional» (DER2016-75376-R).
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD. ESPAÑA. Red de Excelencia: Red de estudio y difusión del impacto de las nuevas TICS en la empresa (DER2017-90700-REDT). Financiación de la Agencia Estatal de Investigación.



tos), así como la acreditación de la veracidad de aquel contenido (informe pericial).

Una diferencia importante entre esa prueba de instrumentos y la documental es que, a efectos de la revisión de hechos probados, solo valen las pruebas documentales y periciales practicadas en instancia [art. 193.b) LJS]. La idoneidad de la prueba de los instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido para tal fin revisorio se relaciona con el carácter extraordinario del recurso de suplicación, que exige una interpretación del concepto de prueba documental necesariamente restrictiva.

II. SOBRE SU VALOR PROBATORIO: AUTENTICIDAD E INTEGRIDAD

Cuando una prueba digital se aporta al proceso, la contraparte que resulta perjudicada en sus intereses puede intentar defenderse impugnando, bien su autenticidad o su integridad, bien alegando vulneración de sus derechos fundamentales al obtenerse la prueba en cuestión.

En cuanto a lo primero, cabe aclarar que, una vez admitida como medio de prueba válida, la prueba digital no goza de valor probatorio superior al de las otras pruebas, esto es, su contenido no debe considerarse necesariamente como cierto, máxime cuando puede ser fácilmente manipulado, sino que sigue el régimen general de valoración de la prueba. La acreditación de la autenticidad (veracidad) e integridad (exactitud) de ese tipo de pruebas aparece, pues, como un aspecto primordial de la misma. En principio, la veracidad y exactitud de los correos electrónicos dependerán de varias circunstancias, como su propia naturaleza, pública o privada, o el hecho de que estén firmados digitalmente; algo que, en el primer caso, siempre debe efectuarse por funcionario con facultad de dar fe pública⁽²⁾, pero que, en el segundo, puede existir o no. De hecho, en el ámbito laboral, en la mayoría de pleitos en los que se aportan los correos electrónicos de una de las partes, generalmente del trabajador, a modo de prueba de su conducta incumplidora, aquellos carecen de su firma⁽³⁾. La aportación de los referidos correos al proceso se hace entregando el original, o copia autenticada por el funcio-

(2) Cfr. art. 3.6 Ley 59/2003, de 19 diciembre, de firma electrónica.

(3) Con una posición crítica respecto de la aceptación de estos correos, véase FALGUERA BARÓ, M. A.: «Nuevas tecnologías y trabajo (III): perspectiva procesal», *Trabajo y Derecho*, 2016, núm. 22 (la Ley 7161/2016), p. 11. El autor cita la STS (Sala Segunda) de 19 mayo 2015 (rec. núm. 2387/2014), que solo admite la transcripción de mensajes virtuales si van acompañados de otra prueba adicional (documento público, pericial, testifical, reconocimiento judicial, interrogatorio de parte o instrumento de reproducción de la palabra, sonido o imagen).

nario público competente, a modo de documento impreso en papel o documento electrónico (dentro de un dispositivo de almacenamiento de datos, por ejemplo, USB o CD). Tras unirse a los autos o dejar testimonio de ellos, los documentos (originales o copia autenticada) pueden devolverse a los interesados que así lo soliciten⁽⁴⁾.

La parte perjudicada por la aportación de los correos electrónicos (por ejemplo, el trabajador), especialmente si estos carecen de firma digital, puede discutir su autoría y la veracidad de su contenido. Para ello, aquella debe alegar suficientes indicios, objetivos y bien fundados, que justifiquen la impugnación, sin que, lógicamente, sea suficiente la mera protesta⁽⁵⁾. A partir de ahí, la parte que aportó inicialmente los correos (generalmente, la demandante) será la que tendrá que justificar, con nuevas evidencias, que aquellos son veraces y responden a la realidad, eliminando cualquier duda de fraude o alteración de su autoría o contenido. Una forma eficaz de acabar con las posibles dudas es a través de la aportación, para su directo examen, de los dispositivos o soportes electrónicos originales (fijos o móviles) a través de los cuales se efectuó el acto de comunicación o información de que se trate en cada caso. Más específicamente, en el supuesto del correo electrónico enviado, se debería aportar una copia (realizada ante fedatario público) del disco duro del aparato informático desde el que se remitió, y en el que suele guardarse copia del correo enviado; en el caso de los correos recibidos, la copia debería ser del disco duro del servidor en el que se recibió el correo electrónico antes de su entrega a su destinatario final, con el fin de poder hallar el correo electrónico original y cotejarlo con el aportado en el proceso por su destinatario. Si dicho correo original no se conservase en el servidor (lo que suele ser lo habitual), quizás se puedan recuperar algunos datos de utilidad como los del remitente y el destinatario, y las fechas de recepción y entrega.

Repárese en que, tras la copia del disco duro del dispositivo informático, parece recomendable e, incluso, necesaria, la intervención de un experto informático que examine ambas copias y determine si ha habido o no manipulación en la versión aportada por la parte al proceso laboral (prueba pericial), con la consiguiente ratificación en el juicio⁽⁶⁾. Finalmente, será el

(4) Art. 268.1 LEC.

(5) Cfr. STSJ Madrid de 18 abril 2016 (Rec. núm. 156/2016). En la doctrina, BARRIOS BAUDOR, G.: «La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral: una aproximación al tema a propósito de los correos electrónicos», *RTSS, CEF*, 2017, núm. 415, p. 36.

(6) DELGADO MARTIN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones* (Madrid, 2016), pp. 170 y ss.

órgano jurisdiccional el que tendrá que resolver conforme a las nuevas pruebas aportadas, diligencias practicadas y las reglas de la sana crítica⁽⁷⁾.

III. ILICITUD DE LA PRUEBA OBTENIDA CON VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Cuestiones generales

Aun cuando el correo electrónico pueda ser auténtico y veraz, la parte perjudicada por su aportación al proceso aún puede intentar su impugnación alegando la vulneración de sus derechos fundamentales durante el procedimiento de preparación de tal prueba. Así, resulta evidente que una cuestión tradicionalmente importante —y discutida en sus consecuencias— es la de la *ilicitud* de la prueba obtenida (cualquiera que esta sea) con vulneración de los derechos fundamentales del trabajador y sus posteriores consecuencias (art. 11.1 LOPJ⁽⁸⁾⁽⁹⁾). En este sentido, el actual art. 90.2 LJS, establece que «no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas». Dicha prueba resulta nula de pleno derecho, por lo que carece de toda eficacia probatoria y no puede aportarse al proceso, o, en su caso, si ya se aportó, no puede tenerse por válida. Además, aquella no puede ser subsanada ni convalidada posteriormente de ninguna manera. Esta calificación y absoluta exclusión, por un lado, busca el sancionar la comisión de la violación de derechos fundamentales, pues, al impedir que su autor se aproveche procesalmente de la prueba así conseguida, se evita que la misma tenga eficacia (producción de efectos jurídicos) o genere algún tipo de utilidad o beneficio para aquel. Y, por otro lado, se quiere el prevenir o evitar la comisión de futuras conductas que vulneren este tipo de derechos. Solo sabiendo de antemano que no producirá efecto alguno, se puede desincentivarse la realización de atentados a los derechos fundamentales de la contraparte, en orden a la obtención de prue-

(7) Art. 384.3 LEC.

(8) «En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

(9) Una de las primeras sentencias en analizar la validez de la prueba que vulnera derechos fundamentales fue la STC 114/1984, de 29 noviembre, relativa a un proceso laboral en el que se había grabado una conversación sin el consentimiento del otro interlocutor.

bas en su contra⁽¹⁰⁾. Sin duda, esto es muy importante en la relación laboral, desigual y jerárquica entre las partes por naturaleza, con lo que esa interdicción de la prueba ilícita actúa como un elemento «compensador de la desigualdad y preventivo de los abusos» del empresario respecto del trabajador⁽¹¹⁾.

Así las cosas, en un primer momento de proposición de la prueba, el órgano jurisdiccional de primer grado ya debe valorar esta (aun superficialmente) y, según los indicios que existan de legalidad o ilegalidad al respecto, decidir sobre su admisión o inadmisión al proceso. Si la ilicitud resulta clara en ese período, el citado órgano ya debe inadmitirla, sin perjuicio de la oportuna protesta ante el mismo por la parte interesada, a los efectos de la posterior interposición del correspondiente recurso en contra. El silencio en ese momento de aquella parte impide la posterior alegación de la ilicitud por ese motivo en vía de recurso. Ahora bien, de existir dudas, lo razonable es admitir provisionalmente la prueba, en orden a garantizar el derecho fundamental a la misma, previsto en el art. 24 Const. (con independencia de la oportuna protesta —aquí también— contra la admisión). De acreditarse después, que aquella prueba vulneró derechos fundamentales de la contraparte, la inicial resolución judicial de admisión puede anularse por el propio órgano jurisdiccional antes de poner fin al proceso, bien de oficio, bien a instancia de parte⁽¹²⁾; en ambos casos, dicha declaración de nulidad requiere la previa audiencia de ambas partes⁽¹³⁾. Lógicamente, en caso de anulación, el juez no tendrá en cuenta la prueba en cuestión para dictar sentencia, teniéndose por no aportada, aunque fuese capaz de demostrar lo que con ella se quería acreditar. En todo caso, si el propio órgano judicial no actuase así, siempre cabría reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el correspondiente recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia⁽¹⁴⁾.

De otro lado, el art. 90.4 LJS introduce, como novedad, la posibilidad de acceder, en el marco de un proceso y con autorización judicial previa, a documentos o archivos (en cualquier tipo de soporte), aunque dicho

(10) Cfr., entre otros, DEL REY GUANTER, S.: «Nuevas técnicas probatorias, obtención de prueba ilícita y derechos fundamentales en el proceso laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1989, núm. 37, pp. 65 y ss.; LOUSADA AROCHENA, F.: «La prueba ilícita en el proceso laboral», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2006, núm. 11 (BIB 2006/1250), p. 3 (ejemplar impreso).

(11) LOUSADA AROCHENA, F., *op. y loc. cit.*

(12) Art. 240.2 LOPJ.

(13) Art. 90.2 LJS.

(14) Arts. 193.a) y 207.c) LJS (recursos de suplicación y casación, respectivamente). Si estos recursos son estimados por dicho motivo, el tribunal *ad quem* podrá acordar la nulidad de actuaciones desde el momento de la denegación o, en su caso, admisión de la prueba.



Esta obra, ambiciosamente titulada *La Revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, se integra de tres partes. En la primera, denominada «La Revolución tecnológica y su impacto en el empleo», se abordan los retos más generales que la actual transformación tecnológica supone para el mercado de trabajo. Sin duda, los efectos de este desarrollo tecnológico sin precedentes serán relevantes, siendo el primero de ellos sobre el nivel de empleo existente, y su posible aumento o disminución, pues ello determinará el sostenimiento del sistema económico del país y las políticas sociales y de seguridad social que pueden adoptarse. Además, otra preocupación será la de la tasa de sustitución de personas trabajadoras por robots, lo que puede generar nuevos retos sociales y personales en la población trabajadora, como la de la formación continua y permanente.

La segunda parte del libro, rotulada «La Revolución tecnológica y su impacto en la forma de trabajar», aborda aspectos de máximo interés, como, por ejemplo, las nuevas formas de trabajo que surgen al amparo de las nuevas tecnologías. Probablemente, un caso claro sea el de las plataformas digitales, que dan empleo a una ingente cantidad de personas cuyo estatuto jurídico se debate entre el trabajador dependiente y el autónomo económicamente dependiente. En estos casos, la precarización de las condiciones laborales asociadas a las nuevas formas de trabajo puede ir acompañada de la huida directa del Derecho del Trabajo.

La última parte de la obra analiza el impacto de la transformación tecnológica en el control empresarial del trabajo a través de las nuevas tecnologías, lo que implica problemas de máximo interés como los derivados del necesario equilibrio con los derechos fundamentales de los trabajadores a la dignidad e intimidad, o aspectos procesales como los de la prueba digital.

