

La prueba en el proceso laboral en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

Derecho laboral

ÍNDICE:

I. PRINCIPIOS DEL PROCESO DE TRABAJO

II. OBJETIVO DE LA PRETENSIÓN

III. OPOSICIÓN A LA DEMANDA

IV. RÉGIMEN GENERAL DE LA PRUEBA

- a) Objeto de la prueba
- b) Iniciativa probatoria
- c) Carga de la prueba
 - 1. Reglas generales
 - 2. Reglas especiales
- d) Fuentes y medios de prueba
- e) Valoración de la prueba
- f) Proposición de la prueba
 - 1. Regla general
 - 2. Reglas especiales
- g) Admisión de las pruebas
 - 1. Regla general
 - 2. Reglas específicas relacionadas con la intimidad
- h) Práctica de las pruebas
 - 1. Regla general
 - 2. Reglas especiales
- i) Medios de prueba
 - 1. Interrogatorio de parte
 - 1.1 Proposición
 - 1.2 Práctica de la prueba
Consecuencias de la incomparecencia injustificada o de la negativa a
 - 1.3 Responder o las respuestas evasivas
 - 1.4 Valoración de la prueba
 - 2. Interrogatorio de testigos
 - 2.1 Proposición de la prueba
 - 2.2 Admisión de la prueba
 - 2.3 Práctica de la prueba
 - 2.4 Valoración de la prueba
 - 3. Prueba pericial
 - 3.1 Proposición de la prueba
 - 3.2 Admisión de la prueba
 - 3.3 Práctica de la prueba
 - 3.4 Valoración
 - 4. Prueba documental
 - 4.1 Proposición y presentación de documentación propia
 - 4.2 Presentación de documentación ajena

- Presentación de documentos durante la interposición del recurso de
- 4.3 Casación
 - 4.4 Admisión y práctica de la prueba
 - 4.5 Valoración de la prueba
 - 4.6 Problemática específica de la prueba electrónica
 - Documentos, presentados en soporte electrónico mediante firma
 - 4.6.1 Electrónica reconocida
 - a. Documentos públicos electrónicos:
 - b. Documentos privados electrónicos
 - 4.6.2 Instrumentos de filmación, grabación y semejantes
 - a. Naturaleza jurídica de la prueba
 - b. Proposición de la prueba: ¿prueba anticipada o en el momento del juicio?
 - c. Presentación telemática.
 - d. Admisión
 - e. Práctica
 - f. Valoración
 - Prueba de instrumentos que permiten archivar, conocer o
 - 4.6.3 Reproducir datos relevantes para el proceso:
 - a. Proposición de la prueba: ¿anticipada o en el acto del juicio?
 - b. Presentación telemática
 - c. Práctica
 - d. Valoración
 - Medios útiles para la modificación de los hechos probados en e. recurso de suplicación o casación.

V. RECONOCIMIENTO JUDICIAL

VI. PRESUNCIONES

- a) Presunciones legales
- b) Presunciones judiciales

I. PRINCIPIOS DEL PROCESO DE TRABAJO

- Inmediación, oralidad, concentración y celeridad (LRJS art.74.1).
- Principios dispositivo y de aportación de parte, que juegan también en la iniciativa probatoria, que no puede ser sustituida por el juez, salvo que lo disponga la ley (LEC art. 282).

II. OBJETIVO DE LA PRETENSIÓN

- La pretensión procura, a través del proceso, activar **tutelas** judiciales efectivas.
- Las tutelas, promovidas mediante la pretensión, se relacionan con **hechos concretos**: hechos constitutivos o relevantes (LEC art.281.2), de manera que, si reclamamos salarios al FOGASA con causa a una conciliación, que no distinguió conceptos, nos corresponde identificar y probar qué conceptos eran salariales (TS 22-1-08).

– Las demandas deben contener todos los **hechos conocidos** en los que pueda fundarse la pretensión (LRJS art.85.1; LEC art. 400; AN 5-12-11, proc. 166/11).

– Los hechos, contenidos en la **demanda** y en la **ratificación** de la misma deben ser concordantes con los alegados en la **papeleta de conciliación** o en la reclamación previa (LRJS art.80.1.c), ya que los hechos no alegados, que constituyan modificación sustancial, no pueden acogerse (TSJ Sevilla 29-4-11).

– Excepción a lo expuesto son los **hechos nuevos** o de nueva noticia, cuyo conocimiento novedoso debe acreditarse por quien lo alegue (LEC art. 286; LRJS art.80.1.c; TSJ Madrid 4-3-11)

III. OPOSICIÓN A LA DEMANDA

– La oposición a la demanda, del mismo modo que la pretensión, se apoya en **hechos**: impeditivos, extintivos y excluyentes.

– Si el demandado reconviene al demandante debe acreditar los hechos constitutivos de la **reconvención**, que se puede proponer únicamente cuando la hubiese anunciado en la conciliación previa al proceso o en la contestación a la reclamación previa o resolución que agote la vía administrativa, y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta (LRJS art.85.3; TSJ Asturias 27-1-12, ROJ 174/12).

– No debe confundirse reconvención (exigencia de condena al demandante) con la **compensación de deudas** (hecho extintivo) que deben acreditarse por el demandado (LRJS art.85.3; TSJ Valladolid 11-1-12, ROJ 70/12), porque el requisito constitutivo, para formalizar la reconvención, es que se mantenga viva la demanda (TS 18-1-11, ROJ 305/11).

IV. RÉGIMEN GENERAL DE LA PRUEBA

a) Objeto de la prueba

– El objeto de la prueba es convencer al juez sobre los **hechos** relevantes: **constitutivos** para demandante y reconviniente e **impeditivos, extintivos y excluyentes** para demandado y reconvenido.

– Deben probarse los hechos **controvertidos**.

– La LRJS art.85.6 obliga a las partes y al tribunal a fijar los hechos conformes y los controvertidos, lo que les obliga a preparar **escenarios** posibles.

– El **orden** y la **precisión** en la fijación de los hechos de la **demanda** es determinante para la prosperabilidad de la pretensión. Patologías: escuela breve del derecho y escuela del barullo.

– Del mismo modo, la **contestación** ordenada de la demanda exige precisar claramente cuáles son los hechos conformes y cuales no lo son.

– Deben probarse, así mismo, los **usos y costumbres** laborales, salvo que las partes estén de acuerdo en sus contenidos y sus normas no afecten al orden público (LEC art.281.2), por todas TS 23-12-2010, en la que se admitió uso profesional un determinado modo de abonar las pagas extraordinarias.

– Debe probarse también el contenido y vigencia del **derecho extranjero** por quien lo alegue, pero su aplicación corresponde al Tribunal (LEC art. 281. 2; TS 10-3-99 y 4-11-04 aplica derecho español, frente TS 22-5-01 que considera inaplicable subsidiariamente el derecho español).

– Por el contrario, están exentos de prueba los hechos **no controvertidos**, salvo que la materia objeto del proceso no esté en el poder de disposición de las partes (LEC art.281.3).

– También los hechos **notorios**, entendiéndose como tales los que gocen de notoriedad absoluta y general (LEC art.281.4; TS 4-3-10).

b) Iniciativa probatoria

– La iniciativa probatoria corresponde a las **partes** (LEC art. 282).

– No obstante, el Tribunal puede acordar **de oficio** la práctica de pruebas, cuando lo autorice la ley (LEC art. 282):

1. Médico forense (LRJS art.93.2).

2. Informe de expertos (LRJS art.95.1).

3. Comisión paritaria, cuyos dictámenes vinculan al Tribunal, cuando se refieran a la interpretación y aplicación de los convenios (ET art.91.4).

4. Supuestos de discriminación: entidades e instituciones habilitadas (LRJS art.95.3).

5. Procesos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional: Inspección de trabajo y organismos competentes (LRJS art.95.4).

6. Movilidad geográfica y modificación sustancial: informe potestativo de la Inspección de trabajo (LRJS art.138.3).

7. Diligencias finales (LRJS art. 88; LEC art. 435): necesidad de asegurar el equilibrio entre las partes.

c) Carga de la prueba

1. Reglas generales

– **Demandante/reconviniente:** hechos constitutivos (LEC art.217.2), de manera que, si se impugna la representatividad de los negociadores del convenio, el impugnante debe acreditar su representatividad y la falta de representatividad de los demandados (TS 29-11-2010).

– **Demandado/reconvenido:** hechos impeditivos (TS 24-6-09, bolsa de Correos); extintivos, como el pago o la compensación y absorción (TS 21-10-09), así como la caducidad de la acción o la prescripción (TS 24-11-04).

– **Hechos dudosos:** despido/abandono, corresponde la prueba del abandono al empleador (TS 10-10-06).

– **Facilidad y disponibilidad** de la prueba (LEC art.217.7): horas extraordinarias (TSJ Cataluña 3-10-08); excedencia (TS 6-10-05); prestación de trabajo durante tramitación despido (TS 10-10-07), habiéndose entendido que corresponde al trabajador probar la cuantía de los salarios percibidos durante la tramitación del despido, si reclama salarios de tramite a cargo del Estado (TS 29-9-10).

2. Reglas especiales

– La **carga de la prueba** se ha de ajustar a las reglas específicas que determine la ley (LEC art.217.6).

– Imputaciones **carta de despido** corresponde al empresario (LRJS art.108.1), como reitera TSJ Sevilla 21-9-11).

– Imputaciones **carta de sanción** corresponde al empresario (LRJS art.115.1.b).

– Responsabilidades derivadas de **accidente de trabajo y enfermedad profesional**, correspondiendo acreditar al deudor de seguridad que cumplió las medidas de prevención (TSJ Granada 26-9-2011) (LRJS art.96.2).

– Presunciones de la **existencia de contrato** de trabajo (ET art.8.1) y del accidente de trabajo (LGSS art. 115).

– **Inversión de la carga probatoria:** cuando se deduzcan indicios fundados de discriminación, corresponde acreditar al demandado la existencia de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad (LRJS art.96.1 y 181.2).

Ejemplos:

1. Despido disciplinario embarazada (TCo 342/2006).

2. Discriminación indirecta (TS 4-5-00).

3. Inclusión masiva en ERE trabajadores afiliados (TS 16-7-08).

4. Juego de indicios/contra indicios: se despidió a todos los temporales y no solo a quienes reclamaron fijeza (TS 25-2-08).

5. Si la extinción del contrato en fraude de ley se produjo después de la demanda de indefinición concurre indicio suficiente (TS 26-2-08).

Dichos **indicios** pueden **destruirse** mediante otro tipo de pruebas: despido profesor que había demandado por modificación, imputándole haber agredido a un alumno, admitiéndose por la Sala que concurre indicio de vulneración de la indemnidad, que se destruye, porque se acreditó que hubo un incidente real con el estudiante (TSJ Madrid 22-7-11, ROJ 8774/11).

Del mismo modo, se descarta el acoso, cuando se despidieron a otros trabajadores del mismo modo, reconociéndose la improcedencia en todos los casos (TSJ C. Valenciana 20-9-11, ROJ 7455/11), o cuando las tareas, encomendadas al actor, que constituían modificaciones sustanciales, se encomendaron a otros trabajadores, no concurriendo prueba del acoso (TSJ Galicia 14-10-11, ROJ 7731/11).

d) Fuentes y medios de prueba

– Debe distinguirse entre fuente de la prueba que se identifica con su **aspecto material**. Y medio de prueba que identificaremos con su **aspecto procesal** o formal.

– La LEC art. 299 identifica los **medios de prueba** siguientes:

1. Interrogatorio de las partes.
2. Documentos públicos.
3. Documentos privados.
4. Dictamen de peritos.
5. Reconocimiento judicial.
6. Interrogatorio de testigos.

– También se admiten 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.

– Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto pudiera **obtenerse certeza** sobre hechos relevantes, el Tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

e) Valoración de la prueba

– El sistema español de valoración de la prueba es mixto, distinguiéndose entre **pruebas tasadas y pruebas de libre apreciación**.

– Son pruebas **tasadas** el interrogatorio de parte (LEC art. 316); la documental pública (LEC art. 319 a 323; CC art. 1218 a 1221) y la documental privada (LEC art. 326; CC art. 1225 a 1229; CCom art. 230).

– El **documento público electrónico** produce los mismos efectos que cualquier otro documento público (LEC art. 319), siempre que se hubieren presentado en original o certificación fehaciente en soporte electrónico, con su consiguiente firma electrónica (LEC art. 318 y L 59/2003 art. 3) o cuando se aporte en imagen digitalizada (LEC art. 267), cuando sea reconocido de contrario.

– El mero hecho de presentarse en forma electrónica no quita efectos jurídicos a una **firma electrónica** que no reúna los requisitos de la firma electrónica en relación con los datos contenidos en el documento (L 59/2003 art.3.9), en cuyo caso se valoran conforme a criterios de sana crítica.

– El **documento electrónico privado** despliega la misma eficacia de la LEC art. 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudique (LEC art. 326).

– Si se impugnare puede practicarse cualquier **prueba instrumental**, como cotejo de letras o cualquier otro medio. Si el cotejo fuera positivo, los gastos corren a cargo del impugnante, a quien se puede imponer una multa entre 120 y 600 euros por temeridad (LEC art.326.2).

– Si no es posible constatar la autenticidad del documento, se valora conforme a las **reglas de la sala crítica** (LEC art.326.2).

– Los demás medios de prueba se valoran con arreglo a la **libre apreciación del juzgador**, que debe ser motivada en todo caso (LRJS art.97.2; LEC art.209.3), habiéndose considerado sana crítica cualquier razonamiento que no sea absurdo (TS 12-5-08), existiendo, en cualquier caso, una actitud excepcionalmente permisiva ante los incumplimientos en la materia (TS 7-12-06).

f) Proposición de la prueba

1. Regla general

– Con carácter general, se admiten las pruebas que se propongan y puedan **practicarse en el acto del juicio** sobre los hechos controvertidos, salvo que no estén en el poder de disposición de las partes (LRJS art.87.1).

– Si se solicitó la prueba de **interrogatorio** en la demanda, pero no se reiteró en la fase propositiva, debe admitirse la prueba de interrogatorio, cuando se está

practicando a instancias de la parte contraria y el hecho, que se pretende demostrar es relevante (TS 20-6-11, ROJ 5465/11).

– Se puede **solicitar**, al menos con 5 días de antelación a la fecha del juicio, aquellas pruebas que, habiendo de practicarse en el mismo, requieran diligencias de citación o requerimiento, salvo cuando el señalamiento se deba efectuar con antelación menor, en cuyo caso el plazo es de 3 días (LRJS art.90.3).

– Debe tenerse presente, que las pruebas deben ser **pertinentes**, lo que significa que deben estar relacionadas con el litigio -hechos constitutivos, impositivos, extintivos o enervantes (LEC art.283.1) y **útiles**, debiendo contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, lo que obligará a la parte que las proponga a justificar previamente su utilidad y pertinencia (LRJS art.90.1).

2. Reglas especiales

– De oficio o a petición de parte, puede 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 (LRJS art.82.4).

– Quien pretenda demandar o presuma que va a ser demandado puede solicitar **previamente** del juez o tribunal la **práctica anticipada** de algún medio de prueba cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o del estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto o cuya realización presente graves dificultades en dicho momento, incluido el examen de testigos cuando por la edad avanzada de alguno de éstos, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia o estancia en un lugar con el que sean imposibles o difíciles las comunicaciones o cualquier otro motivo grave y justificado, sea presumible que no va a ser posible mantener su derecho por falta de justificación (LRJS art.78.1).

– Cualquiera de las partes una vez **iniciado el proceso**, pero en todo caso sin dar lugar a suspensión del acto de juicio, puede solicitar la **práctica anticipada** de pruebas que no puedan ser realizadas en el acto del juicio, o cuya realización presente graves dificultades en dicho momento, entendiéndose que no hay indefensión, si el testigo no acudió al acto del juicio, porque la prueba pudo practicarse anticipadamente (TSJ Madrid 20-7-11, ROJ 8514/11). El juez o tribunal decide lo pertinente para su práctica en los términos previstos por la norma que regule el medio de prueba correspondiente y con sujeción en lo demás, en cuanto resulte aplicable, a lo dispuesto en la LEC 1/2000 art. 293 a 297 y 298.1. Contra la resolución denegatoria no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que, por este motivo, pueda interponerse en su día contra la sentencia (LRJS art.78.2).

g) Admisión de las pruebas

1. Regla general

– La regla general es la admisión de las pruebas, que se propongan en tiempo útil, siempre que se justifique su **utilidad y pertinencia** (LRJS art.90.1).

– La Constitución art. 24 impide a los órganos judiciales denegar una **prueba** oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la **falta de acreditación** de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar (TCo 37/2000; 19/2001; 73/2001; 4/2005; 308/2005; 42/2007; 174/2008).

– Se incluyen los procedimientos de **reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido** o de archivo y reproducción de datos, que deben 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 (La LRJS art.90.1 exige, a diferencia de la LEC art. 384, que la parte aporte los medios de reproducción, apoyándose en TS 5-7-84), se ha defendido, con razón, que el Tribunal debe proveer (TSJ Las Palmas 28-5-07, EDJ 156202), deduciéndose así de la LEC art.384.1 «... serán examinados por el Tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar...», estableciéndose, por tanto, una obligación para el tribunal.

– La **admisión o inadmisión** de la prueba debe realizarse mediante **Auto** (LEC art.206.2).

– El Auto debe razonar especialmente la **inadmisión** de pruebas, ya que la inadmisión irrazonable o desproporcionada vulnerará el derecho de defensa, que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, constituyendo causa de nulidad de actuaciones, si se inadmite irrazonadamente la prueba del médico forense (TS 20-9-05).

– Si la inadmisión se realiza en el acto del juicio, debe efectuarse la correspondiente **protesta**, como requisito inexcusable para actualizarla en los recursos posteriores (TSJ País Vasco 21-6-11, ROJ 425/11).

2. Reglas específicas relacionadas con la intimidad

– No se admiten pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan **violación de derechos fundamentales** o libertades públicas (TCo 28/2002, teoría sobre la fruta del árbol envenenado/conexión de antijuridicidad).

– Debe admitirse, sin embargo, la prueba de grabación para acreditar la concurrencia de relación laboral ordinaria y no de servicio doméstico, porque la trabajadora grabó sus **propias conversaciones** (TSJ Cataluña 11-3-11, ROJ 2666/11).

– La cuestión puede ser suscitada por cualquiera de las **partes o de oficio** por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, lo que sucede raramente.

– Cuando se ponga de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida, se oye a las partes y, en su caso, se practican las **diligencias** que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada.

– Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabe **recurso de reposición**, que se ha de interponer, darse traslado a las demás partes y resolverse oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia.

– Cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en **cualquier tipo de soporte**, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, puede autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las **condiciones** de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso (LRJS art.90.4).

– Se exige de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad, lo que comporta que el derecho de intimidad debe **sufrir lo imprescindible** (TCo 98/2000; 186/2000). Para acceder a las herramientas informáticas de los trabajadores, concurriendo cuando se instala una **cámara** para controlar el buzón donde se ingresan los dineros de la empresa (TSJ Madrid 8-7-11), habiéndose considerado proporcionada la grabación de la cámara frigorífica de la empresa, constatándose que el trabajador se llevó una pieza de carne, aunque no se avisó al comité (TSJ Cataluña 20-1-11, ROJ 486/11). Se ha validado, del mismo modo, la grabación de la línea de cajas de un supermercado, no vulnerándose el derecho a la intimidad, especialmente cuando se reconocen los hechos (TSJ Cataluña 24-2-11, ROJ 2525/11).

– Se ha entendido que la **grabación** de un incidente, producido en la **vía pública** durante una huelga, por un detective privado, no vulnera el derecho de intimidad (TSJ Cataluña 8-2-10). Se ha habilitado, así mismo, que un **detective privado** investigara la actividad en IT de un trabajador, que atendió su taller durante situación de IT, alertada la empresa sobre la realización de esos trabajos por otro trabajador (TSJ Valladolid 20-1-10).

– Protocolización y advertencia de **control del ordenador** de la empresa (TS 26-9-07; 8-3-11), habiéndose entendido que, si no se avisó sobre el control, la intromisión en el ordenador era ilegal (TSJ Aragón 23-2-11, ROJ 131/11).

– Basta con la **prohibición** absoluta de utilización para uso personal (TS 6-10-11).

– Del mismo modo, de no mediar consentimiento del afectado, pueden adoptarse las medidas de garantía oportunas cuando la emisión de un **dictamen pericial médico o psicológico** requiera el sometimiento a reconocimientos clínicos, obtención de muestras o recogida de datos personales relevantes, bajo reserva de confidencialidad y exclusiva utilización procesal, pudiendo acompañarse el interesado de especialista de su elección y facilitándole copia del resultado, que no será necesaria si la actuación viniera exigida por las normas de prevención de riesgos laborales, por la gestión o colaboración en la gestión de la Seguridad Social, por la específica normativa profesional aplicable o por norma legal o convencional aplicable en la materia (LRJS art.90.5).

– Si como resultado de las medidas anteriores se obtuvieran **datos innecesarios**, ajenos a los fines del proceso o que pudieran afectar de manera injustificada o desproporcionada a derechos fundamentales o a libertades públicas, se resuelve lo necesario para preservar y garantizar adecuada y suficientemente los intereses y derechos que pudieran resultar afectados (LRJS art.90.6).

– La **obstrucción injustificada** a estas medidas permite tomar las decisiones adecuadas y son objeto, en su caso, de la correspondiente sanción por temeridad (LRJS art.90.7).

h) Práctica de las pruebas

1. Regla general

– Las pruebas se practican en el **acto del juicio** (LRJS art.87.1).

– El juez o tribunal resuelve sobre la **pertinencia** de las pruebas propuestas y determina la naturaleza y clase de medio de prueba de cada una de ellas (LEC art. 299). Asimismo, resuelve sobre las posibles diligencias complementarias o de adveración de las pruebas admitidas y sobre las preguntas que puedan formular las partes.

– La parte proponente puede hacer constar su **protesta** en el acto contra la **inadmisión** de cualquier medio de prueba, diligencia o pregunta, consignándose en el acta la pregunta o la prueba solicitada, la resolución denegatoria, la fundamentación razonada de la denegación y la protesta, todo a efectos del correspondiente recurso contra la sentencia.

– Una vez **comenzada** la práctica de una prueba admitida, si **renunciase** a ella la parte que la propuso, puede el órgano judicial, sin ulterior recurso, acordar que continúe. Del mismo modo, puede hacer, tanto a las partes como a los peritos y testigos, las preguntas que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos, al igual que los litigantes y los defensores.

– El **juez o tribunal**, sin apartarse de las pretensiones y causa de pedir que expresen las partes en la demanda y contestación, puede someter a las partes para **alegaciones** durante el juicio cuantas cuestiones deban ser resueltas de oficio o resulten de la fundamentación jurídica aplicable, aun cuando hubiera sido alegada de modo incompleto o incorrecto. Igualmente puede solicitar alegaciones sobre los posibles pronunciamientos derivados que, por mandato legal, o por conexión o consecuencia, resulten necesariamente de las pretensiones formuladas por las partes. Si el acto de juicio hubiere quedado concluso, la audiencia a este respecto se sustancia por el plazo común de 3 días, mediante alegaciones escritas y preferiblemente por medio informático o telemático (LRJS art.87.3).

2. Reglas especiales

– Pueden admitirse también aquellas que requieran la traslación del juez o tribunal **fuera del local de la audiencia**, si se estimasen imprescindibles, en cuyo caso se suspenderá el juicio por el tiempo estrictamente necesario (LRJS art.87.1).

– Se puede practicar **anticipadamente** y es recomendable hacerlo así la prueba documental y pericial (LRJS art.82.4).

– También puede **valorarse** por escrito la prueba documental o pericial compleja en un plazo de 3 días (LRJS art.87.6).

– Finalmente, se practican las **diligencias finales** en el plazo que determine el juez para su ejercicio (LRJS art. 88), siendo exigible la presencia de las partes en la práctica de la prueba (TS 15-4-03), anulándose actuaciones si no se da traslado a alguna de las partes del resultado de la diligencia final (TSJ Cataluña 21-6-11).

i) Medios de prueba

1. Interrogatorio de parte

1.1. Proposición

– Puede proponerse en el **acto del juicio**, siempre que pueda practicarse en el mismo (LRJS art.87.1).

– Si el **proponente** es el **demandante**, debe proponerse en la demanda, si se quiere asegurar la práctica de la prueba por el representante legal de la empresa, cuando se trate de una persona jurídica privada, o la persona física concreta, cuando se trate de un empresario individual, lo que obligará justificarlo debidamente (LRJS art.91.3 y 4).

– Si se trata de una **persona jurídica privada** debe proponerse para su práctica a quien la represente y esté facultado para practicar la prueba (estatutos sociales o poderes), siempre que hubiere participado personalmente en los hechos (LRJS art.91.3; TS 20-7-11, ROJ 5465/11).

– Del mismo modo, cuando se trate de **personas físicas**, debe proponerse la práctica de la prueba con el empresario individual, si participó personalmente en los hechos que se trate de acreditar con dicha prueba (LRJS art.91.4).

– La **justificación** debida exige cumplimentar dos extremos: precisión de los hechos en la demanda y concretar el modo en que el interrogado intervino personalmente en los mismos.

– Si el interrogatorio se **propone** por el **demandado**, es requisito constitutivo solicitarlo anticipadamente, salvo que el demandante acuda al acto del juicio, en cuyo caso puede proponerse en el acto del juicio (LRJS art.87.1).

– En el **auto**, en el que se **admite la prueba**, deben hacerse obligatoriamente las advertencias previstas en la LRJS art. 91, lo que debe solicitarse en la demanda.

1.2. Práctica de la prueba

¿Con quién se practica la prueba de interrogatorio?

– La prueba debe practicarse en el **acto del juicio**, salvo que se practique anticipadamente (LRJS art.78.2), o en diligencia final (LRJS art. 88). También puede practicarse el interrogatorio en el **domicilio** del afectado con la presencia de las partes (LEC art. 311).

– Si se produjo y se admitió la prueba de interrogatorio en el **representante legal** de la empresa o en el **empresario individual**, porque el proponente alegó que intervinieron personalmente en los hechos, debe practicarse necesariamente la prueba con dichas personas y si no se hiciera así, debe efectuarse la correspondiente protesta (TSJ Cataluña 20-1-10). Sí, pese a ello, comparece **otro representante**, aunque se significó que el despido verbal lo produjo el propuesto, se produciría nulidad de actuaciones (TSJ Castilla-La Mancha 30-9-10, ROJ 3176/10).

– Si el llamado al interrogatorio **no compareciese** sin justa causa a la primera citación, **rehusase declarar** o persistiese en no responder afirmativa o negativamente, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, pueden considerarse reconocidos como ciertos en la sentencia los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte (LRJS art.91.2).

– Ahora bien, cuando no se haya precisado en la demanda la intervención personal del interrogado en los hechos controvertidos, el representante en juicio de la mercantil, que no hubiera intervenido en los hechos debe aportar a juicio a la **persona conocedora** directa de los mismos (LRJS art.91.3) (TSJ Cataluña 15-11-06). Del mismo modo, si el interrogatorio de personas físicas **no** se refiera a **hechos personales**, se admite que sea respondido en todo o en parte por un tercero que conozca personalmente los hechos, siempre que el tercero se encuentre a disposición del juez o tribunal en ese momento, si la parte así lo

solicita y acepta la responsabilidad de la declaración (TSJ Cataluña 31-1-06) (LRJS art.92.4).

– La declaración de las personas que hayan actuado en los hechos litigiosos en nombre del empresario, cuando sea persona jurídica privada, bajo la responsabilidad de éste, como **administradores, gerentes o directivos**, solamente puede acordarse dentro del interrogatorio de la parte por cuya cuenta hubieran actuado y en calidad de conocedores personales de los hechos, en sustitución o como complemento del interrogatorio del representante legal, salvo que, en función de la naturaleza de su intervención en los hechos y posición dentro de la estructura empresarial, por no prestar ya servicios en la empresa o para evitar indefensión, el juez o tribunal acuerde su declaración como testigos (LRJS art.91.5).

¿Quién puede interrogar?

– Puede interrogar el **abogado**, o **graduado social** de la otra parte (LRJS art.87.3).

– Puede interrogar el **juez o Tribunal** (LRJS art.87.3).

– Pueden interrogar las propias **partes** (LRJS art.87.3), aunque no es recomendable, siendo más razonable que lo hagan cuando no acudan con abogado o graduado social (LEC art.306.2).

– Los **colitigantes** puede interrogarse entre sí, cuando tengan intereses contradictorios (LEC art.301.1), habiéndose entendido por la jurisprudencia (TS 20-7-11), que las partes pueden interrogar durante la práctica del interrogatorio promovido por la otra parte.

– También puede interrogarse a la **propia parte** (LEC art.301.2), aunque es normalmente una prueba inútil.

¿Cómo se interroga?

– Las preguntas para la prueba de interrogatorio de parte se proponen **verbalmente**, sin admisión de pliegos (LRJS art.91.1).

– Las **preguntas** correctas deben referirse necesariamente a los hechos controvertidos (LEC art. 302) y si no se hiciera así el tribunal debe desestimarlas, o impugnarse por la parte contraria (LEC art. 303).

– Se preguntará por escrito cuando el demandado sea una **Administración pública** (LRJS art.91.6; LEC art. 315), aunque pueden hacer precisiones a sus representantes legales, cuando sean útiles y pertinentes y cuando no las pueda responder se reitera la práctica por escrito (LEC art.315.2).

1.3. Consecuencias de la incomparecencia injustificada o de la negativa a responder o las respuestas evasivas.

– Si la demanda precisó los hechos, así como la intervención personal del llamado al interrogatorio, su incomparecencia injustificada a la primera citación (TSJ Cataluña 4-12-09), o si rehusase declarar o persistiese en no responder afirmativa o negativamente, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, pueden considerarse **reconocidos como ciertos** en la sentencia los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte (TSJ Cataluña 1-9-04) (LRJS art.91.2).

– La **ficta confessio** se aplica a los hechos y no a las pretensiones, de modo que, si en la demanda no se precisaron hechos sobre la concurrencia de cesión ilegal, no cabe tenerla por probada mediante este procedimiento (TSJ Cataluña 8-2-11, ROJ 1489/11). Se trata, en cualquier caso, de una **potestad judicial**, que no vincula al tribunal (TSJ Murcia 2-4-07; TSJ Madrid 6-7-11, ROJ 7816/11) (LEC art. 304 y 307), habiéndose subrayado que el juez no está obligado a tener por probado el despido informal mediante la ficta confessio (TSJ Madrid 6-6-11, ROJ 7816/11). Por el contrario, si el juez tuvo por probado el despido verbal mediante este mecanismo, pero no la antigüedad, dando por buena la reflejada en el acta de la Inspección y rechazó los testigos propuestos por la demandante para probar dicho extremo, porque pensaba aplicar la ficta confessio, se aplica extraordinariamente por la Sala y se incrementa la indemnización (TSJ Madrid 31-1-11, ROJ 388/11).

– Si la actora aportó el contrato y un **documento** de saldo y finiquito y la empresa no aportó la documentación solicitada, no se considera razonable no aplicar la ficta confessio (TSJ Cataluña 19-1-11, ROJ 475/11).

– Ahora bien, es presupuesto constitutivo para tener por confeso a cualquiera de las partes, que se hubiera **solicitado** la prueba y se hubieren realizado las **advertencias** pertinentes (TSJ Madrid 30-6-11).

– Se ha mantenido, incluso, que el Juez puede tener por probada la realización de horas extraordinarias por la incomparecencia del demandado al interrogatorio de partes, pero no puede extenderse dicha consecuencia al **FOGASA**, lo que parece muy discutible (TSJ Cataluña 7-5-10, ROJ 5474/10).

1.4. Valoración de la prueba

– Se trata de una prueba **tasada** (LEC art. 316).

– Los hechos, que una parte haya **reconocido como ciertos**, siempre que hubiere intervenido personalmente y le perjudicaren totalmente (TSJ C. Valenciana 17-5-02), se tienen como ciertos, salvo que lo contradigan otras pruebas (TSJ País Vasco 17-5-07).

– Si el **tribunal** llega a esa **conclusión**, parece obligado, por seguridad jurídica, que explique las razones que la han llevado a la misma, al igual que en los supuestos de incomparecencia injustificada, negativa a responder o respuestas evasivas, porque si no lo hiciera así, no cumpliría las reglas de la sana crítica (LEC art.316.2; LRJS art.97.2). Así, se sostuvo que la ficta confessio no era

extensible al FOGASA, puesto que no intervino personalmente en los hechos (TSJ Cataluña 22-12-08).

– No puede probarse mediante el interrogatorio de la propia demandada sobre los **hechos impositivos, extintivos o excluyentes** (TSJ Madrid 22-3-10, sobre firma de contrato con período de prueba).

2. Interrogatorio de testigos

2.1. Proposición de la prueba

– La regla general es proponer en el **acto del juicio**, siempre que pueda practicarse en el mismo (LRJS 87.1).

– Si se necesita **citación de los testigos** puede solicitarse en la demanda y también con un mínimo de 5 días de antelación a la fecha del juicio, salvo cuando el señalamiento se deba efectuar con antelación menor, en cuyo caso el plazo es de 3 días (LRJS art.90.3).

– Debe tenerse presente que la prueba testifical debe ser **útil y pertinente**, lo que comporta que la demanda describa hechos, que puedan probarse mediante este medio de prueba, debiendo motivarse razonablemente cuando se solicite un gran número de testigos (LRJS art.90.1).

– La doctrina judicial protege especialmente a los **testigos**, entendiendo que concurre vulneración del **derecho de indemnidad**, cuando se despide con reconocimiento de improcedencia a un testigo decisivo para la declaración de improcedencia de otros despidos (TSJ Cataluña 30-3-11, ROJ 3866/11).

2.2. Admisión de la prueba

– La prueba se admite o inadmite mediante **Auto** (LEC art.206.2), que debe ser motivado, no pudiendo validarse cuando se deniega el único medio de probar la relación laboral (TSJ Cataluña 4-2-09), o cuando se impide que los testigos declaren sobre el trabajo en una determinada obra (TSJ Aragón 30-9-10), o cuando se denegó la testifical para acreditar que hubo despido y no baja voluntaria (TSJ País Vasco 21-9-10), o cuando se deniega para acreditar un pacto entre los trabajadores para el disfrute de sus vacaciones (TSJ Galicia 17-6-08), o cuando se deniega para acreditar el modo en que se produjo el accidente (TSJ Cataluña 27-10-10).

– La jurisprudencia ha cuestionado, que la **admisión** de pruebas solicitadas en la **demand**a comporte obligatoriamente su práctica, ya que la admisión propia de la prueba se practica en el **acto del juicio**, cuando se constata realmente su pertinencia y utilidad, de manera que, si se entiende y así se hace constar en el acto del juicio, que la prueba es inútil o impertinente, no es obligatoria su práctica (TS 17-1-07, EDJ 21109).

– Si se **solicita en el acto del juicio**, se admite en el mismo acto del juicio, salvo que el número de testigos fuese excesivo y, a criterio del órgano judicial, sus

manifestaciones pudieran constituir inútil reiteración del testimonio sobre hechos suficientemente esclarecidos, aquél puede limitarlos discrecionalmente (TSJ Asturias 21-1-11, ROJ 595/11).

– El juego **admisión/inadmisión** viene determinado por los hechos descritos en la demanda y la propia práctica de la prueba.

– Si se inadmite la práctica de algún testigo por la razón expuesta, debe hacerse constar la **protesta** e identificar que no se pretende reiterar declaraciones (TSJ Castilla-La Mancha 30-9-11, ROJ 2535/11).

– Téngase presente, en todo caso, que los **testigos** tienen derecho a una **indemnización** por cuenta de la parte proponente, que se concreta mediante auto al final de la vista (LEC art. 375), lo que se ha admitido por la jurisprudencia (Auto TS 20-11-06).

2.3. Práctica de la prueba

– Se practica en el **acto del juicio** (LRJS art.87.1), aunque se ha admitido, en supuestos excepcionales, una declaración testifical en **acta notarial** (TS 7-3-03), que no sería propiamente una prueba testifical, porque impediría repreguntar al declarante (TSJ C. Valenciana 19-4-11).

– Se puede practicar **anticipadamente** (LRJS art.78.2).

– También en **diligencia final** (LRJS art. 88).

– Si se **admitió** la prueba ha de **practicarse** obligatoriamente so pena de nulidad, que debe ir precedida de la protesta correspondiente, que no prospera cuando el testigo esté en paradero desconocido (TSJ Extremadura 17-3-11, ROJ 403/11).

¿Quién puede actuar como testigo?

– Todas las personas que tengan conocimiento de los hechos controvertidos (LEC art. 360), incluyendo **menores de 14 años**, siempre que el tribunal considere que tienen discernimiento (LEC art. 361).

– Se admite también la prueba testifical en la doble calidad de **testigo y experto** (LEC art.370.4).

– También puede admitirse la declaración de personas jurídicas sobre hechos relevantes (LEC art. 381).

– Los testigos no pueden ser **tachados**, y únicamente en **conclusiones**, las partes pueden hacer las observaciones que sean oportunas respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones (LRJS art.92.2), lo que exige la respuesta a las generales de la ley (LEC art. 367) (TSJ Aragón 13-5-11, ROJ 321/11).

– No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la declaración como testigos de personas vinculadas al empresario, trabajador o beneficiario, por relación de **parentesco** o análoga relación de afectividad, o con posible **interés** real en la defensa de decisiones empresariales en las que hayan participado o por poder tener procedimientos análogos contra el mismo empresario o contra trabajadores en igual situación, solamente puede proponerse cuando su testimonio tenga utilidad directa y presencial y no se disponga de otros medios de prueba, con la advertencia a los mismos, en todo caso, de que dichas circunstancias no son impedimento para las responsabilidades que de su declaración pudieren derivarse (LRJS art.92.3).

– Aunque se ha admitido la prueba de **detectives**, cuya naturaleza jurídica es propia de la prueba testifical y no es útil para formalizar recurso de suplicación o casación (TSJ C.Valenciana 25-6-11), habiéndose entendido que la vigilancia de las actividades de la trabajadora durante la situación de IT no vulnera su derecho a la intimidad (TSJ Sta. Cruz Tenerife 31-3-11), pero no cabe su utilización para controlar la utilización de horas sindicales del delegado sindical (TSJ Aragón 28-2-11, ROJ 161/11).

– También se ha dado valor a la **declaración de la trabajadora** agredida para acreditar la agresión (TSJ Cataluña 15-6-07).

¿Quién puede interrogar?

– Puede interrogar el **abogado**, o **graduado** social de la otra parte (LRJS art.87.3).

– Puede interrogar el **juez o Tribunal** (LRJS art. 87. 3).

– Pueden interrogar las propias **partes**, (art.87.3 LRJS), aunque no es recomendable, siendo más razonable que lo hagan cuando no acudan con abogado o graduado social (LEC art.306.2).

– Cabe el **careo** entre testigos y partes, aunque no es recomendable (LEC art. 373).

¿Cómo debe interrogarse?

– El testigo debe prestar **juramento o promesa** de decir verdad (LEC art. 365).

– Se le efectúan las **generales de la ley** (LEC art. 367).

– No se admiten **escritos** de preguntas y repreguntas para la prueba de interrogatorio de testigos (LRJS art.92.1).

– Las preguntas deben referirse a los **hechos controvertidos**, siendo este el canon para su admisión o inadmisión, rechazándose las impertinentes (TS 12-12-06) (LEC art.368) y debe interrogarse en positivo (LEC art.368.1).

- Si se admiten **preguntas indebidas** debe realizarse la correspondiente protesta (LEC art. 369).
- El testigo debe responder a las **preguntas admitidas**, salvo que concurra el deber de secreto o materias clasificadas, en cuyo caso se procede conforme a la LEC art. 371.
- Las declaraciones, efectuadas ante **notario** por el testigo, prueban únicamente que las hizo y cuando, pero no tienen valor de prueba testifical sin intermediación judicial y posibilidad de repreguntas (TSJ C. Valenciana 19-4-11).
- Si el testigo ratifica **informes** realizados por él, como sucede con los informes de detectives, ha de seguirse la tramitación de la LEC art. 380.
- Puede admitirse la respuesta escrita de las **personas jurídicas** (LEC art. 381).

2.4. Valoración de la prueba

- **Reglas de la sana crítica** (LEC art. 376), que permiten apoyarse en esta prueba para acreditar imputaciones carta de despido (TSJ Murcia 26-2-08), correspondiendo su valoración, en todo caso, al juez de instancia (TSJ Cataluña 8-4-11, ROJ 4232/11; 17-10-11, ROJ 10042/11).
- Se tiene en cuenta la **razón de ciencia** que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y su imparcialidad (LRJS art.92.2 y LEC art. 376), quitándose valor a la prueba, cuando se acredita animadversión del testigo (TSJ Cataluña 10-3-09).
- Se ha admitido, incluso, que la **prueba testifical** puede destruir la presunción de certeza de las **actas de la Inspección** de Trabajo (TSJ Cataluña 12-1-11).
- Se ha validado también para probar la realización de **horas extraordinarias** (TSJ Cataluña 18-6-09).

3. Prueba pericial

3.1. Proposición de la prueba

- La regla general es proponer en el **acto del juicio**, siempre que pueda practicarse en el mismo (LRJS art.87.1).
- Si se necesita **citación del perito** puede solicitarse en la demanda y también con un mínimo de 5 días de antelación a la fecha del juicio, salvo cuando el señalamiento se deba efectuar con antelación menor, en cuyo caso el plazo es de 3 días (LRJS art.90.3).
- Debe tenerse presente que la prueba testifical debe ser **útil y pertinente**, lo que comporta que la demanda describa hechos, que puedan probarse mediante este medio de prueba (LRJS art.90.1), no produciéndose indefensión, porque no se citara a médicos del Servicio Público para practicar la prueba pericial, porque

sus informes son documentos públicos (TSJ Madrid 20-7-11, ROJ 384/11). Si los informes obran en el expediente y los que deban aportarse preceptivamente, no tienen que ratificarse en el acto del juicio (LRJS art.93.1).

– El órgano judicial, de oficio o a petición de parte, puede requerir la intervención de un **médico** forense, en los casos en que sea necesario su informe en función de las circunstancias particulares del caso, de la especialidad requerida y de la necesidad de su intervención, a la vista de los reconocimientos e informes que constaren previamente en las actuaciones (LRJS art.93.2). Si se **inadmite** injustificadamente, debe realizarse la oportuna **protesta** (TSJ Extremadura 17-4-11, ROJ 389/11; TSJ Canarias 14-4-11, ROJ 236/11).

3.2. Admisión de la prueba

– La prueba pericial se **admite o inadmite** mediante **Auto**, (LEC art.206.2), que es siempre motivado, especialmente cuando se deniegue, de manera que, si se inadmite sin causa la prueba del médico forense, se producirá nulidad de actuaciones (TSJ Asturias 16-7-10, EDJ 161924), aunque se ha entendido que el derecho a asistencia pericial gratuita es el derecho a solicitar la intervención del forense, pero es el juzgador el que puede, y por tanto discrecionalmente decidir, admitir o no la práctica de dicha prueba, siendo posible que no la admita si entiende que ya dispone de elementos probatorios suficientes para formar su convicción, no siendo, además, la pericial de forense la única prueba de la que puede valerse quien goce del beneficio de justicia gratuita, pues puede acudir a la sanidad pública para pedir un informe gratuito sobre su estado de salud (TSJ Cataluña 9-3-10, EDJ 72821).

– Si el juez decidió practicar la **pericial del jefe de servicio**, que atendió al demandante y al forense, ante las pruebas periciales contradictorias, estaba facultado para ello (TSJ Baleares 12-7-11, ROJ 824/11).

– La prueba debe **admitirse o rechazarse motivadamente**, de manera que, si el Juzgado no hizo nada de eso al admitir la demanda, ni tampoco la admitió en el acto del juicio, vulneró el derecho de defensa, anulándose las actuaciones (TS 20-9-05, EDJ 166177). Si la prueba se inadmitió en el Decreto, que alcanzó firmeza y en el acto del juicio el juez se reservó practicarla en diligencia para mejor proveer, sin que se protestara sobre dicha actuación, no procede la nulidad de actuaciones (TSJ Sta. Cruz Tenerife 18-7-11, ROJ 2297/11; TSJ Extremadura 17-3-11, ROJ 389/11).

– Aunque el TS no entró al fondo por falta de contradicción, distingue la **buena práctica de la mala**, subsumiéndose en la primera la solicitud de prueba de médico forense para probar extremos de hecho de la demanda, mientras que en segundo se limitó a solicitar la prueba sin más (TS 7-02 Y 29-5-2007, EDJ 13581 y 80477).

– El derecho a **asistencia pericial gratuita** es el derecho a solicitar la intervención del forense, pero es el juzgador el que podrá, y por tanto discrecionalmente decidirá, admitir o no la práctica de dicha prueba, siendo posible que no la admita si entiende que ya dispone de elementos probatorios

suficientes para formar su convicción, no siendo, además, la pericial de forense la única prueba de la que puede valerse quien goce del beneficio de justicia gratuita, pues puede acudir a la sanidad pública para pedir un informe gratuito sobre su estado de salud (TSJ Cataluña 9-3-10, EDJ 72821).

– La jurisprudencia ha cuestionado, que la **admisión** de pruebas **solicitadas en la demanda** comporte obligatoriamente su **práctica**, ya que la admisión propia de la prueba se practica en el acto del juicio, cuando se constata realmente su pertinencia y utilidad, de manera que, si se entiende y así se hace constar en el acto del juicio, que la prueba es inútil o impertinente, no es obligatoria su práctica (TS 17-1-07, EDJ 21109).

– Si se **solicita en el acto del juicio**, se admite o inadmite en el mismo acto del juicio, aunque se reivindica que la admisión de la prueba del médico forense corresponde exclusivamente al juez, quien puede denegarla si entiende que las dolencias se han acreditado por otros medios (TSJ Cataluña 28-5-09, EDJ 192387), lo que no se comparte por otros tribunales (TSJ Burgos 18-3-09, EDJ 56802; TSJ Cataluña 4-2-09, EDJ 51122).

– El juego **admisión/inadmisión** viene determinado por los **hechos** descritos en la demanda y la propia práctica de la prueba.

– Si se **inadmite** la práctica pericial por la razón expuesta, debe hacerse constar la **protesta**, relacionándola con los hechos, que se pretendían demostrar con la prueba.

¿Quién puede ser perito?

– Cualquiera que tenga los **conocimientos** científicos, artísticos, técnicos o prácticos, cuando sean necesarios para probar hechos relevantes (LEC art.335.1).

– El perito debe ostentar la **titulación** propia de la pericia que vaya a practicar (LEC art.340.1).

– Cabe también practicar prueba de **expertos** (LRJS art.95.1).

– Cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de **discriminación** por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso, el juez o tribunal puede recabar el dictamen de los organismos públicos competentes (LRJS art.95.3).

– En procesos derivados de **accidente de trabajo y enfermedad profesional**, el órgano judicial, si lo estima procedente, podrá recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de los organismos públicos competentes en materia de prevención y salud laboral, así como de las entidades e instituciones legalmente habilitadas al efecto (LRJS art.95.4).

– Puede practicarse con **Academias o instituciones** culturales o científicas o personas habilitadas (LEC art.340.2).

3.3. Práctica de la prueba

- El perito manifiesta bajo **juramento o promesa** decir verdad y se le instruye sobre su obligación de decir verdad, beneficie o perjudique a su mandante (LEC art.335.2).
- Se practica en el **acto del juicio** (LRJS art.93.1).
- El perito presenta su **informe** en el acto del juicio. Dicha presentación puede ser escrita o verbal, siendo absolutamente recomendable que sea escrito y ratifica el informe (LRJS art.93.1).
- Es conveniente, que el dictamen pericial adjunte los **documentos**, en los que se apoye o, en su defecto que proporcione las indicaciones suficientes sobre ellos (LEC art.336.2).
- La mejor técnica debe orientarse a las **conclusiones**, que deben remitir a los folios o documentos en los que se apoyen, para facilitar la tarea del juzgador.
- No es 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 (LRJS art.93.1).
- Si se admitió **ampliar la prueba pericial** en el acto del juicio y no se practicó dicha ampliación, se anula la sentencia (TSJ C. Valenciana 1-4-08, EDJ 88799).
- Si se practica prueba pericial con **personas jurídicas o entidades públicas** se les requiere para que informen por escrito y deben remitir su informe escrito 10 días antes del juicio (LRJS art.95.5).
- El órgano judicial, los letrados, graduados y partes pueden hacer a los peritos las **preguntas** que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos (LRJS art.87.3).

3.4. Valoración

- La pericial debe ajustarse a la **sana crítica** del juzgador (LEC art. 348) (TSJ Las Palmas 30-9-10, EDJ 371862), aunque puede combatirse el criterio de instancia, cuando no se acomoda a la sana crítica (TSJ Cataluña 28-7-10, EDJ 226337). Los **criterios** fuerza de valoración de la prueba son los **siguientes**:

1. El hecho que se pretende declarar probado, debe resaltar de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las **conclusiones que el Juzgador** ha elaborado apoyándose en tales pruebas, no siendo cauce para demostrar el error de hecho la prueba negativa, consistente en afirmar que los hechos que el Juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (TS 21-6-02, Rec 587/00; TS 14-1-86; 23-10-86; 10-11-86; 17-11-90).

2. La **revisión de hechos probados** debe apoyarse en concretas y específicas pruebas prevalentes, toda vez que no resulta admisible «per se» la corrección, complementación o supresión del contenido de Hechos Probados en base al criterio subjetivo de quien los recusa, frente al más objetivo y fundado del Juzgador de Instancia (TSJ País Vasco 11-6-02, EDJ 35606).

3. Ante **dictámenes médicos contradictorios**, si no concurren especiales circunstancias, hay que atenerse a la valoración realizada por el Magistrado de instancia en virtud de las facultades que le confieren la LPL art.97.2 y LEC art. 632 (actual 348). (TSJ Cataluña 22-4-03, EDJ 24133, mencionando otras muchas, TS 12-3-90; 3-5-90; 17-5-90; 31-5-90; 21-6-90; 25-6-90; 10-12-90; 17-12-90; 24-1-91, entre otras).

4. Por su parte el Tribunal Supremo ha explicado que la **valoración de la prueba pericial** corresponde al Juez o Tribunal, que es quien tiene que decidirla, no estado obligados a sujetarse al parecer de los peritos, quedando esa prueba sometida a la discrecional apreciación del Juzgador, por lo que no puede combatirse en suplicación, ya que la calificación de las incapacidades permanentes escapan de las facultades concedidas a los peritos médicos, los que han de limitarse a describir las secuelas o enfermedades que padezca el trabajador, correspondiendo íntegramente aquella función a los Tribunales (TS 20-3-81, ED 7989).

5. El Tribunal Supremo ha reiterado que el **Juzgador de Instancia** es soberano para apreciar y valorar la prueba pericial de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y ante distintos dictámenes puede optar por aquél o aquellos que estime más convincentes, y en este caso se decantó por el más objetivo, es decir el del Médico Forense, sin interés alguno en este pleito (TS 24-6-86, EDJ 4407).

6. El TS expresó que debe recordarse que esta Sala en numerosas Sentencias, de las que son exponente las de 12 de marzo y 3 de mayo de 1990, han declarado que el Juzgador «a quo», en virtud de las amplias facultades que en cuanto a la valoración de las pruebas practicadas, en especial la prueba de peritos, le conceden la LPL art. 89 y la LEC art. 632, forma su propia convicción sobre los hechos base de su sentencia, aceptando las manifestaciones de aquellos dictámenes, informes o **documentos** que a su juicio son más **correctos y ciertos**, no siendo factible variar o modificar estas conclusiones fácticas con fundamento en documentos o pericias ya examinadas por dicho Juzgador «a quo», salvo supuestos excepcionales y extremos en que resulte evidente y manifiesta la equivocación del mismo, cosa que, obviamente, aquí no sucede (TS 11-10-90).

7. Si el Magistrado de instancia considera **más convincente el informe del Médico Forense** y la valoración de la prueba pericial le corresponde al no resultar arbitraria, ilógica, contraria a la razón o a la ley (TS 5-6-08, Rec 1042/01).

– En la **sentencia** se hace exigible que el juez **valore expresamente la prueba pericial** practicada, cuando la misma es el apoyo central de la pretensión, para que las partes puedan valorar las razones de la desestimación y que no se ha

utilizado arbitrariamente una selección de los medios de prueba (TSJ Castilla-La Mancha 19-1-10, EDJ 21856).

– La valoración de la prueba del **médico forense** se valora por el juez conforme a las reglas de la sana crítica (TSJ Las Palmas 14-4-11, ROJ 236/11).

– Si el médico forense examina **documentos e informes**, que **no** fueron **aportados** en el acto del juicio, en los que apoya su dictamen, la prueba es ineficaz, porque genera indefensión (TSJ Granada 10-11-10, ROJ 5167/10).

4. Prueba documental

4.1 Proposición y presentación de documentación propia

– La proposición de la prueba documental se realiza ordinariamente en el **acto del juicio**.

– Es requisito constitutivo para su admisión su **adecuada presentación**, lo que exige numerarla debidamente, catalogándola documento por documento con la debida precisión.

– Si se trata de **documentos públicos**, deben presentarse en original, o por copia o certificación fehaciente, ya sean presentadas éstos en soporte papel o mediante documento electrónico, o si, habiendo sido aportado por copia simple, en soporte papel o imagen digitalizada (LEC art. 267), no se hubiere impugnado su autenticidad (LEC art. 318).

– Si se trata de **documentos públicos extranjeros**, deben reunir los requisitos de la LEC art. 323: requisitos exigidos conforme a la legislación del país y la legalización o apostilla, así como los demás requisitos exigidos para su autenticidad en España (TSJ C. Valenciana 23-9-08, EDJ 261318).

– Si los **documentos** son **privados**, deben presentarse en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados y también mediante copia simple, que surte los mismos efectos que el original, salvo que se cuestione la conformidad entre ambos. Estos documentos pueden ser también presentados mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente, que surtirán efectos si la otra parte no cuestiona su autenticidad (LEC art. 268 y 325).

– Los **libros mercantiles** se utilizan conforme a las leyes mercantiles, siendo conveniente que se aporten en soporte informático, definiendo qué asientos se pretende utilizar (LEC art. 327).

– También pueden presentarse **copias reprográficas**, que pueden cotejarse con el original cuando se impugnen y si no se valorarán conforme a la sana crítica (LEC art. 334) y también **documentos no escritos**, como mapas, croquis,

planos... (LEC art. 333), habiéndose entendido que las fotocopias de los registros de tacógrafos constituyen medio útil para acreditar las horas extraordinarias (TSJ Castilla-La Mancha 15-10-09, EDJ 259475).

4.2. Presentación de documentación ajena

– Las partes están **obligadas** a **exhibir** los documentos relevantes, que estén en su poder (LRJS art.94.2). La **negativa injustificada** a la exhibición, puede viabilizar que se tengan por probados los hechos, cuya prueba se pretendía acreditar por este medio (LRJS art.94.2), teniéndose por probada la realización de horas extraordinarias, cuando la empresa no aporta injustificadamente fichas y horarios de la demandante (TSJ Cataluña 20-9-10, EDJ 226580).

– El requisito constitutivo, para su aportación, es **solicitarlo** con 5 días de anticipación al acto del juicio, cuando se haya admitido por el tribunal, lo que exige relacionarlo con los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes.

– La potestad de **tener por probados** hechos con base a documentos de la contraparte, que no se aportaron injustificadamente, corresponde al juzgador (TS 27-10-04 y 3-10-06).

– En cualquier caso, la prueba debe ser **decisiva y admitida** y no aportada, debe realizarse la correspondiente protesta (TS 12-5-09).

– También puede solicitarse la aportación de documentos **en poder de terceros**, siempre que el tribunal los considere trascendentes para la resolución del litigio (LEC art. 330).

– Existe, así mismo, un deber de exhibición de documentos en poder de **entidades oficiales**, salvo que se trate de documentos con carácter reservado o secreto (LEC art. 332).

4.3. Presentación de documentos durante la interposición del recurso de casación.

En los recursos extraordinarios de **suplicación y casación**, incluido el de casación para la unificación de doctrina, los **únicos documentos** que pueden ser admitidos durante su tramitación son los que tengan la condición formal de «sentencias o resoluciones judiciales o administrativas» firmes y no cualesquiera otros diferentes de aquellos.

La **admisión** de dichos documentos viene igualmente **condicionada** a que: a) las sentencias o resoluciones hayan sido dictadas o notificadas en fecha posterior al momento en que se llevaron a cabo las conclusiones en el juicio laboral de instancia. b) que son admisibles si, además, por su objeto y contenido aparecieran como condicionantes o decisivas para resolver la cuestión planteada en la instancia o en el recurso, y c) en el caso de que no se trate de documentos de tal naturaleza o calidad, deben ser rechazados de plano, y son devueltos a la

parte que los aportó, sin que puedan por lo tanto ser tenidos en cuenta para la posterior resolución que haya de dictar la Sala.

Los documentos que por reunir aquellos requisitos previos hayan sido admitidos y unidos a los autos producen el efecto pretendido por la parte sólo en el caso de que la producción, obtención o presentación de los mismos no tenga su origen en una actuación **dolosa, fraudulenta o negligente** de la propia parte que pretende aportarlos; lo cual es valorado en la resolución (auto o sentencia) que proceda adoptar, en definitiva.

Cuando el documento o documentos aportados reúna todas las anteriores exigencias la **Sala** valora en cada caso el **alcance del documento** (LEC art. 271), en la propia sentencia o auto que haya de dictar, como se ha hecho en el presente caso (TS 5-12-07, Rec 1928/04 y 11-10-11, EDJ 287016).

4.4. Admisión y práctica de la prueba

– Deben admitirse los documentos, que sirvan para probar **hechos relevantes**, de manera que, si se inadmiten documentos para probar el salario y la situación económica de la empresa en despido objetivo, se produce nulidad de actuaciones (TSJ Madrid 26-3-10, EDJ 96173). Del mismo modo, se anularon actuaciones cuando se denegó un escrito de manifestaciones, porque los testigos iban a declarar sobre los hechos allí consignados (TSJ Madrid 6-7-11, EDJ 167864).

– Constituye hecho relevante acreditar que el litigio afecta a un **gran número de trabajadores**, debiendo admitirse, por consiguiente, sentencias por litigios idénticos (TSJ Madrid 4-3-10, EDJ 96461), así como acreditar que la empresa continuó facturando a los clientes, de modo que la negativa a la aportación de facturas vulneró el derecho de defensa (TSJ Madrid 6-10-11, ROJ 12508/11).

– La prueba se practica normalmente en el **acto del juicio** (LRJS art.87.1).

– Las **pruebas voluminosas o complejas** se pueden practicar anticipadamente de oficio o a petición de parte, lo que constituye una buena práctica (LRJS art.82.4) y si no se acepta la práctica de prueba anticipada de documentos, reclamados a la empresa, para probar que no concurría situación económica negativa, se anula el proceso (TSJ Cataluña 1-10-09, EDJ 277123).

– También pueden practicarse en **diligencia final** (LRJS art. 88), en cuyo caso debe darse a las partes la posibilidad de realizar alegaciones sobre la prueba aportada (TSJ Galicia 26-3-10, EDJ 93560), produciéndose indefensión, si el certificado de vida laboral, aportado como diligencia final, no pudo valorarse por los demandados (TSJ País Vasco 6-11-07, EDJ 273560).

– En el acto del juicio, las partes **exhiben los documentos a los contrarios**, quienes los reconocen, los impugnan o los tachan de falsos, en cuyo caso si la sentencia penal declara que se falsificó el finiquito, no podría tener valor liberatorio (TSJ Madrid 21-1-08, EDJ 14691).

– El **documento público**, que se reconozca por la contraparte, tiene el valor probatorio de la LEC art. 319, al igual que los **documentos privados reconocidos** (LEC art. 326).

– Si se **impugna el documento público**, se sigue el procedimiento de cotejo previsto en la LEC art. 320 y si se constata su autenticidad se le impone, cuando la impugnación fuere temeraria, una multa de 120 a 600 euros (LEC art. 320).

– Sucede lo mismo con el **documento privado** (LEC art. 326), de manera que, si no se **impugnan** las anotaciones a mano obrantes en los documentos pueden tenerse por probados los hechos controvertidos (TSJ Cataluña 3-5-10, EDJ 153649).

– El **documento privado reconocido** tiene el mismo valor que el público (AN 18-11-11, ROJ 5184/11).

– Si se tacha la **falsedad** del documento, debe seguirse el procedimiento de la LRJS art. 86, siempre que el documento cuestionado sea decisivo para el resultado del juicio, ya que, si el documento no es decisivo, no se suspende el procedimiento (TSJ Burgos 13-10-11, ROJ 4741/11).

– La **sentencia penal**, que declaró culpable al empresario de acoso sexual, puede aportarse cuando se tenga conocimiento de la misma y si el órgano judicial se negó a incorporarla a los autos, provocó indefensión en sentido material y nulidad de actuaciones (TS 9-5-11, EDJ 131443), aunque no justificará la revisión, cuando no se declare la inexistencia del hecho, o la no participación del despido (TS 28-9-11, ROJ 9019/11).

– Pueden aportarse en el recurso de suplicación documentos **conocidos después del juicio**, como la sentencia de despido de otro compañero, a quien se despidió por las mismas causas (TSJ Cataluña 28-1-11, EDJ 48908).

4.5. Valoración de la prueba

– Los **documentos públicos** comprendidos en la LEC art. 317 números 1º a 6º, que no hayan sido impugnados, hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella (LEC art.319.1). Así el **testamento**, otorgado ante Notario, hace prueba de la intención de los intervinientes de constituirse en pareja de hecho (TSJ Asturias 28-10-11, EDJ 254443), admitiéndose también certificado de **Registro** de Uniones de Hecho y DNI para acreditar la convivencia (TSJ Castilla-La Mancha 12-11-09, EDJ 307490), o bien mediante inscripción en el Registro público o mediante documento público (TS 15-6-2011, ROJ 5974/2011), pero no el **libro de familia**, porque solo sirve para acreditar la afiliación (TS 22-11-11, ROJ 8778/11), pero una vez acreditada la existencia de pareja de hecho, la convivencia de cinco años podrá acreditarse mediante cualquier otro medio probatorio (TS 14-4-11, ROJ 710/10).

– Se ha tenido por probado, que la trabajadora no percibió en mano lo establecido en finiquito, apoyándose, a estos efectos, en **sentencia de otro Juzgado**, que lo declaró así, habiéndose despedido a ambas trabajadoras el mismo día, entregándoles los mismos finiquitos (TSJ Asturias 15-7-11, ROJ 2938/11).

– La fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en la LEC art. 317 números 5º y 6º, a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, es la que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter y cuando no se establezca dicho valor, se tienen por ciertos salvo prueba que los desvirtúe (LEC art.319.2).

– Se ha defendido que la empresa no puede acreditar pérdidas con la simple aportación de su **declaración del impuesto de sociedades**, debiendo acreditar el depósito de cuentas en el Registro Mercantil, que es el medio propio para demostrar pérdidas (TSJ Madrid 21-7-11, ROJ 8785/11).

– No constituye documento público el que expide un funcionario responsable de un laboratorio, porque el requisito constitutivo, para que un documento tenga esa naturaleza, es que el **funcionario** esté **facultado** legalmente para ello (LEC art.19.5) (TSJ Madrid 11-6-10, EDJ 181058), ni tampoco el responsable de recursos humanos de un Ente Público (TSJ Granada 5-11-08, EDJ 287057).

– Del mismo modo, los **documentos privados no impugnados**, tienen el mismo valor que los públicos (LEC art. 326). Si se impugna el documento privado, debería procederse a su cotejo y si se deduce su autenticidad mediante el cotejo, se impone la multa correspondiente y cuando no se pueda deducir la autenticidad, o no se haya practicado prueba, se valora conforme a la sana crítica. No obstante, el **documento privado impugnado** no tiene el valor del documento público (TSJ Granada 10-11-10, EDJ 350164) y si no puede cotejarse se valora conforme a los cánones de la sana crítica (TSJ Cataluña 22-7-10, EDJ 226794), habiéndose declarado que un burofax no constituye documento público (TSJ Las Palmas 23-6-11, ROJ 990/11).

– Si el tribunal decide no admitir la **presunción de certeza del documento público**, que la despliegue, debe explicar razonadamente las razones sobre su decisión (LRJS art.97.2).

– En cualquier caso, el **juzgador** tiene un amplio margen para la **valoración de la prueba**, que debe enjuiciar conforme a los cánones de la sana crítica (TSJ Cataluña 8-3-11, EDJ 77260) que, para merecer tal nombre, debe ser expresa, razonada y ajustada a criterios inteligibles.

4.6. Problemática específica de la prueba electrónica

4.6.1. Documentos, presentados en soporte electrónico mediante firma electrónica reconocida

La regulación legal de los documentos firmados electrónicamente se contiene en la Ley 59/2003 art. 3, sobre firma electrónica, que distingue en su apartado 5 los

documentos electrónicos que contienen información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado, del documento electrónico, presentado en soporte electrónico mediante **firma electrónica avanzada**, que es aquella basada en un certificado electrónico reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma (Ley 59/2003 art.3.3).

La **finalidad**, perseguida por la firma electrónica avanzada, es que los datos consignados en forma electrónica tengan el mismo valor que si lo hubieran sido en papel (Ley 59/2003 art. 3. 4).

Por consiguiente, la firma electrónica avanzada permite **identificar** al firmante y **detectar** cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control (Ley 59/2003 art.3.2).

a. Documentos públicos electrónicos

a. 1. ¿Qué son los documentos públicos electrónicos?

– Los **firmados** electrónicamente por los **funcionarios** que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso (L 59/2003 art. 3, 6.a y LEC art. 317).

– Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica (L 59/2003 art.3.6.a).

a. 2. Solicitud de la prueba: ¿prueba anticipada y solicitud en el acto del juicio?

– El documento electrónico se presenta ordinariamente en el **acto del juicio** (LRJS art.87.1).

– Es razonable su presentación **anticipada** (conforme a la LRJS art. 78), cuando se prevea que su autenticidad va a ser cuestionada de contrario, ya que permitirá aportar, a quien la proponga, los elementos instrumentales que permitan acreditar que la firma electrónica avanzada está basada en un certificado reconocido, puesto que le corresponde la carga de la prueba de dicho extremo (L 59/2003 art.3.8), aunque las costas corresponderán al impugnante y en su caso, la satisfacción de una multa de 200 a 600 euros, si la impugnación fuere temeraria.

a. 3. Presentación telemática

– Se puede aportar el documento público electrónico a través de **LexNet** (Ley 59/2003 art. 7, en relación con el RDL 84/2007 Anexos III y VI.d), lo que permite que las partes tengan conocimiento de los documentos controvertidos,

posibilitándose, de este modo, que presenten los medios probatorios auxiliares pertinentes para su constatación o impugnación.

a. 4. Admisión de la prueba

– El juez debe admitir la prueba, salvo que la misma sea **inútil o impertinente**, de conformidad con lo dispuesto en la LEC art. 283, habiéndose entendido, a estos efectos, que no hay un derecho ilimitado a la práctica de pruebas (TSJ Galicia 15-7-08; TSJ Madrid 5-11-08).

– La **doctrina constitucional** sobre la admisión de pruebas se sintetiza en, en la que sentencia que sostuvo lo siguiente: **a)** Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional. **b)** Este derecho no tiene carácter absoluto o, expresado, en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas. **c)** No obstante, el órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmiten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad arbitraria o manifiestamente irrazonable. **d)** No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en la Constitución art.24.2 únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa de modo que, de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta. **e)** Finalmente, el recurrente debe justificar en su demanda de amparo la indefensión sufrida, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso (comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado) podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo pide amparo (TCo 208/07, EDJ 174424).

– La doctrina constitucional ha matizado la teoría, denominada la **fruta del árbol envenenado**, con la doctrina sobre la **conexión de antijuridicidad**, en la sentencia que sostuvo lo siguiente: Así reconducido el problema, procederemos a continuación a analizar nuestra doctrina sobre la primera de las cuestiones de fondo. Desde la TCo 114/1984, hemos sostenido que, aunque la **prohibición de valorar en juicio pruebas** obtenidas con **vulneración de derechos**

fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (Constitución art.24.2) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de proceso justo, debe considerarse prohibida por la Constitución (TCo 114/1984, FJ 5 EDJ1984/114 y, entre las más recientes, TCo 81/1998, FJ 2; 69/2001, FJ 26). Tal prohibición atañe no sólo a los resultados directos de la intervención, sino que se extiende a cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios (TCo 49/1996), aunque derive indirectamente de aquélla (TCo 85/1994, FJ 4; 86/1995, FJ 3; 181/1995, FJ 4; 54/1996, FJ 8). Sin embargo, junto a esta regla general, en supuestos excepcionales hemos considerado lícita la **valoración de pruebas** que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental, por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente **independientes** (TCo 86/1995, FJ 4; 54/1996, FJ 6; 81/1998, FJ 4; 151/1998, FJ 3; 166/1999, FJ 4; 136/2000, FJ 6). La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, ha de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, hay que establecer un **nexo entre unas y otras** que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones (TCo 81/1998, FJ 4). En esta última Sentencia establecimos también una doble perspectiva de análisis para determinar si existe o no la conexión de antijuridicidad: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Por otro lado, una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (TCo 81/1998, FJ 4; en el mismo sentido, entre otras, TCo 121/1998, FJ 6; 49/1999, FJ 14; 94/1999, FJ 6; 166/1999, de FJ 4; 171/1999, FJ 4; 136/2000, FJ 6). Por tanto la posibilidad de **valoración en juicio de pruebas** que pudieran estar **conectadas** con otras obtenidas con **vulneración de derechos fundamentales** sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba

derivada. Sólo si existiera dicha conexión procede el análisis de la conexión de antijuridicidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesario ni procedente analizar la conexión de antijuridicidad, y ninguna prohibición de valoración en juicio recaería sobre la prueba en cuestión. Por último hemos afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose nuestro control a la comprobación de la razonabilidad del mismo (TCo 81/1998, FJ 5, citando ATCo 46/1983, FJ 6; TCo 51/1985, o FJ 9 o; 174/1985, FJ 2; 63/1993, FJ 5; 244/1994, FJ 2, entre otras). (TCo 28/2002).

– En demanda de resolución de contrato se desestimó la **audición de una grabación en CD**, validándose la decisión judicial, porque la desestimación de la demanda trajo causa en la extinción previa del contrato, siendo irrelevante, a estos efectos, la audición del CD (TSJ Cataluña 21-6-04).

a.5. Práctica de la prueba

– El **documento público electrónico** se puede presentar en soporte electrónico (L 59/2003 art.3.8).

– Es prudente aportar **medios de reproducción** del documento, aunque se ha cuestionado que la omisión deje sin efecto la práctica de la prueba (TSJ Las Palmas 28-5-07, EDJ 156202).

– Si se **impugnare la autenticidad de la firma electrónica**, corresponde a la parte, que lo haya presentado, acreditar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en certificado reconocido que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en la propia ley, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica (L 59/2003 art.3.8). Quien presente este tipo de documentos debe poder autentificarlos en el acto del juicio, ya que su autenticación forma parte de su carga probatoria (TSJ Cataluña 7-4-08, EDJ 74423), no siendo obligatoria su autenticación en diligencia final, porque no concurren ninguno de los supuestos de la LEC art. 435.

Los **gastos ocasionados**, si la firma es auténtica, son de quien haya impugnado su autenticidad y se le podrá imponer una sanción de 120 a 600 euros si la impugnación fue temeraria (Ley 59/2003 art.3.8).

– Si no **se cuestiona** la firma, sino el **contenido del documento** procede aportar el original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta efectos probatorios (LEC art. 267). Dicha aportación debe realizarse por la parte, al no concurrir los requisitos para su práctica en diligencia final.

Cuando se impugnare la autenticidad del contenido del documento público electrónico, debe **cotejarse** (conforme a la LEC art. 320), corriendo con los

gastos el impugnante, cuando el documento sea coincidente con el original, imponiéndosele, en su caso, la **multa** de 120 a 600 euros.

a. 6. Valoración de la prueba

– El **documento público electrónico** produce los mismos efectos que cualquier otro documento público (LEC art. 319), siempre que se hubieren presentado en original o certificación fehaciente en soporte electrónico, con su consiguiente firma electrónica (LEC art. 318; L 59/2003 art. 3) o cuando se aporte en imagen digitalizada (LEC art. 267), cuando sea reconocido de contrario.

– El mero hecho de presentarse en forma electrónica no quita efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de la firma electrónica en relación con los **datos** contenidos en el **documento** (L 59/2003 art.3.9), en cuyo caso se valorar conforme a criterios de sana crítica.

b. Documentos privados electrónicos

b. 1. ¿Qué es un documento privado electrónico?

– Se entiende por documento privado electrónico el que se presenta mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente (LEC art.268.1).

b. 2. Solicitud de la prueba: ¿prueba anticipada o en el acto del juicio?

– Son aplicables los mismos criterios que en el documento público electrónico, aunque es más recomendable su práctica anticipada, porque es más previsible la impugnación de la firma electrónica o los contenidos del documento.

b. 3. Presentación telemática

– Al igual que el documento electrónico público puede presentarse telemáticamente a través de la aplicación LexNet.

b. 4. Admisión de la prueba

– Debe admitirse por el Juez o Tribunal, salvo que se trate de prueba inútil o impertinente (LEC art. 283).

b. 5. Práctica de la prueba

– Si se presenta en imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente, es igual que si se presenta el documento original o copia autenticada por fedatario público (LEC art.268.1).

– Si no se presenta mediante la correspondiente firma electrónica, el documento tiene el mismo valor que la copia simple, siempre que no se cuestione su autenticidad por la contraparte (LEC art.268.2).

– Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica, habrá de seguirse el mismo procedimiento que los documentos públicos electrónicos (Ley 59/2003 art.3.8).

b. 6. Valoración de la prueba

– Despliegan la misma eficacia de la LEC art. 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudique (LEC art. 326).

– Si se impugnare podrá practicarse cualquier prueba instrumental, como cotejo de letras o cualquier otro medio. Si el cotejo fuera positivo, los gastos correrán a cargo del impugnante, a quien se podrá imponer una multa entre 120 y 600 euros por temeridad (LEC art.326.2).

– Si no es posible constatar la autenticidad del documento, se valorará conforme a las reglas de la sala crítica (LEC art.326.2).

4.6.2. Instrumentos de filmación, grabación y semejantes

a. Naturaleza jurídica de la prueba

La naturaleza jurídica de esta prueba es **autónoma**, no tratándose, por consiguiente, de prueba documental, porque la LEC art. 299 la distingue de los demás medios de prueba (TS 16-6-11, EDJ 225556), aunque la sentencia tiene un voto particular, que defiende su equiparación a la prueba documental para modificar hechos probados en los recursos.

b. Proposición de la prueba: ¿prueba anticipada o en el momento del juicio?

– Puede proponerse en el **acto del juicio**, aunque su práctica **anticipada** permite evitar la aportación de dictámenes y medios de prueba instrumentales, cuando se cuestione su autenticidad o la exactitud de lo reproducido por la contraparte (LEC art.382.2).

– Si se presenta en el acto del juicio, deben **aportarse** dichos medios de prueba instrumentales, por cuanto su práctica no está comprendida en los supuestos obligatorios de la LEC art. 435, en cuyo caso quedaría al arbitrio del juez.

c. Presentación telemática

– Puede aportarse también mediante el **sistema LexNet**, en cuyo caso no sería necesaria la práctica anticipada de la prueba, si bien sería exigible que se requiera al órgano judicial para que requiera a la contraparte si va a impugnar la autenticidad o la exactitud de lo grabado para que se puedan practicar las pruebas instrumentales correspondientes.

d. Admisión

– Al igual que cualquier otro medio de prueba, debe admitirse salvo que sea **inútil o impertinente** (LEC art. 283), siendo inútil escuchar una grabación

cuando la desestimación de la demanda trajo causa en la extinción previa del contrato (TSJ Cataluña 21-6-04).

– Si se deniega la audición de una **grabación** y de un cd porque la misma no tiene garantías suficientes se vulnera la Constitución art. 24 (TSJ Castilla-La Mancha 17-11-06).

– Se han admitido **filmaciones**, realizadas por **detective privado**, cuando se trataba de un modo idóneo y proporcionado para identificar la conducta del trabajador durante su IT (TSJ C.Valenciana 3-5-06, EDJ 305054), especialmente cuando se utiliza para constatar la sustracción de dinero de la caja de la empresa (TSJ Galicia 7-5-05), validándose la grabación realizada por la propia cámara del autobús sobre actividades del conductor (TSJ Extremadura 1-12-2009, AS 2010467), o la instalación de cámaras en máquinas de «vending» (TSJ Madrid 4-6-2007, AS 20072246).

– Se han admitido filmaciones de la actividad normal de los trabajadores, equiparándose este tipo de filmaciones al **control visual del propio empresario**, lo que se ha tachado de control orwelliano (**Thibault Aranda**), aunque se ha defendido también el control general sobre una línea de cajas, siempre que existieran **razones fundadas** para ello (**Aurelio Desdentado**): filmación empleada de farmacia en la zona del establecimiento en la que presta servicios (TS 28-10-02); filmación toda la línea de cajas de un supermercado (TSJ País Vasco 26-1-10, EDJ 51320); filmación de la actividad del conductor del autobús, mediante la cámara que filma al propio autobús (TSJ Extremadura 1-12-09, EDJ 315787); filmación del comedor de un restaurante (TSJ Extremadura 1-12-09, EDJ 315787) y control aleatorio de conversaciones de los telefonistas de una empresa de Contac Center (TS 5-12-03), aun cuando se matiza que la constitucionalidad del control concreto no significa «que la empresa no pueda por esa vía atentar al derecho de intimidad de cualquier trabajador por cuanto, a pesar de todo, en esas conversaciones con los clientes pueden surgir comentarios que afecten a derechos fundamentales del trabajador incluidos dentro de la esfera de su intimidad en cuanto espacio excluido de cualquier posible intervención ajena -ideología política, afiliación sindical, libertad de expresión, etc.-, que, en cuanto fueran utilizados por el empleador podrían conducir a una declaración de nulidad en un proceso particular adecuado al caso. Pero lo que sí se deduce de todo ello es que el servicio de control que aquí se contempla no puede ser considerado contrario a los derechos invocados desde el punto de vista del derecho colectivo, puesto que la práctica empresarial se ha acreditado que va dirigida exclusivamente a controlar el trabajo de sus empleados con una finalidad meramente laboral y con medios ponderados y por lo tanto acomodados a las exigencias garantistas de la normativa denunciada como infringida».

– Se han admitido también **grabaciones** realizadas por la **propia parte** (TSJ Cataluña 24-1-06; 26-1-06; 20-4-09, EDJ 205844; TSJ C. Valenciana 15-9-04; TSJ Valladolid 23-1-06, EDJ 5352; TSJ Cataluña 7-4-08, EDJ 74423; TSJ Castilla-La Mancha 17-11-06, EDJ 393662; TSJ Sta. Cruz Tenerife 6-3-2009, EDJ 88252; TSJ Madrid 17-10-07, EDJ 238471; TSJ Madrid 3-11-08, EDJ

309420; TSJ Murcia 25-1-10, EDJ 18110), en las que se siguió la doctrina constitucional del TCo 114/1984.

– Se ha admitido, incluso, la **grabación** realizada por un **tercero** con el empleador (TSJ Cataluña 20-4-09, EDJ 205844), así como las grabaciones realizadas en el **despacho del abogado** de la trabajadora entre ésta, su abogado y la parte contraria y su abogado (TSJ C. Valenciana 13-2-03), así como las grabaciones aleatorias en actividades de telemarketing, porque se trataba de un teléfono profesional (TS 5-12-03; TSJ Cataluña 26-1-06).

– Por el contrario, no se ha admitido utilizar el **listado de llamadas** desde un teléfono **móvil**, por todas, TCo 230/2007, EDJ 2007/205913, en la que se sostuvo lo siguiente:» El TCo estima que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente frente a sentencias que le condenaron por un delito contra la salud pública. Afirma que el acceso policial al registro de llamadas del terminal móvil intervenido, **sin el consentimiento** del demandante **ni autorización judicial**, no es conforme con la doctrina constitucional según la cual, dado que la identificación de los intervinientes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones, para acceder a dicha información, es preciso el consentimiento del titular del terminal telefónico móvil intervenido, o en su defecto, la debida autorización judicial». Sin embargo, se admite cuando hubo la correspondiente **autorización judicial**, por todas, TCo 123/2002, EDJ 2002/18826).

– Debe admitirse con independencia de su **autenticidad** y al margen de su fuerza probatoria (TSJ Cataluña 7-4-08, EDJ 74423).

– Se ha admitido la aplicación de la LPL art.86.2, cuando se tacha de **falsa la grabación** (TSJ Valladolid 23-1-06, EDJ 5352), lo que no parece claro, puesto que no se trata propiamente de un documento, debiendo contrarrestarse su validez mediante las correspondientes **pruebas instrumentales** (LEC art.382.2), que si deberían practicarse en **diligencia final**, conforme a la LEC art.435.1, ya que no se pudo proponer la práctica de una prueba, cuando no se conocía la grabación propuesta por la contraparte, lo que refuerza la tesis de la práctica anticipada.

e. Práctica

– Puede acompañarse **transcripción** literal de lo grabado (LEC art.382.1), pudiendo acordarlo también el Tribunal (LEC art.383.1). Debe **visionarse** la filmación o **escucharse** la grabación, no bastando la transcripción (TSJ Galicia 18-10-04, EDJ 290014), aunque se ha validado no visionar la filmación, porque se ponderaron fotografías obtenidas en la filmación por parte del detective, que realizó el informe correspondiente (TSJ Madrid 19-5-08, EDJ 107198), habiéndose admitido, en cualquier caso, como medio de control cuando concurren indicios de vulneración de los deberes laborales del trabajador (TSJ Extremadura 23-12-09), pero no al extremo de hacerse pasar por trabajador de la empresa, introduciéndose como inquilino en la vivienda de la trabajadora despedida (TSJ Castilla-La Mancha 24-3-10).

- Aunque se exigió inicialmente que **la parte aportara** los medios de reproducción (TS 5-7-84), se ha defendido, con razón, que el **Tribunal debe proveer** (TSJ Las Palmas 28-5-07, EDJ 156202), deduciéndose así de la LEC art.384.1 «... serán examinados por el Tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar...», estableciéndose, por tanto, una obligación para el tribunal.
- No es necesario que el **filmado** sea preguntado sobre si se reconoce o no en la filmación (TSJ Cataluña 17-4-08, EDJ 74572).
- No es obligatoria la aportación de las **grabaciones originales**, porque no se trata de documentos (TSJ Castilla-La Mancha 4-6-07, EDJ 144241).
- Si **no se admitió indebidamente**, la consecuencia es que debe practicarse la prueba en diligencia final (TSJ Madrid 3-11-08, EDJ 309420).
- Debe levantarse **acta**, donde se ha de consignar cuanto sea necesario sobre las filmaciones, grabaciones y reproducciones, así como sobre las pruebas instrumentales (LEC art.383.1), tratándose de un supuesto claro en el que es precisa la presencia del secretario/a judicial, aunque no se contempla específicamente en los contenidos obligatorios del acta judicial (LPL art. 89).
- Aunque no se reprodujo la grabación de la conversación, mantenida entre la administradora de la empresa y el trabajador despedido, aportándose únicamente el CD y una transcripción del texto, se deniega la **nulidad de actuaciones**, porque el demandante no efectuó la **protesta** correspondiente (TSJ Cataluña 18-3-10, Rec 228/10, EDJ 72684).

f. Valoración

- Se valora conforme a los **criterios de la sana crítica**, aunque se trata de una prueba de extremado poder de convicción, cuando lo filmado o grabado permite acreditar directamente los hechos que se pretenden **probar**: cajera que **se apropia** de dinero (TSJ Cataluña 25-7-07, EDJ 200495; TSJ Castilla-La Mancha 30-10-08); apoderamiento de productos forzando las máquinas expendedoras (TSJ Madrid 4-6-07, EDJ 116623). También para acreditar **trabajos incompatibles** con IT (TSJ País Vasco 30-6-08, Rec 1235/08; TSJ C. Valenciana 10-3-09, EDJ 90874), o incompatibles con situación de IPA (TSJ Navarra 29-12-08, EDJ 351522).

Se valida, así mismo, cuando se protegen los intereses del consumidor mediante el control aleatorio de conversaciones de empleado de **telemarketing** (TSJ Galicia 9-5-08, EDJ 76249).

- Por el contrario, no se da valor cuando la **grabación no acredita** con claridad la autoría de los hechos imputados (TSJ País Vasco 26-1-2010, EDJ 51320). O no revelan los insultos imputados (TSJ Madrid 9-10-2009, EDJ 2009/311424).
- O cuando los **hechos** filmados son **irrelevantes** (TSJ Extremadura 1-12-09, EDJ 315787).

– Se ha validado, por último, la grabación de un **acto ilícito** de su jefe por parte de un escolta-conductor (TSJ Murcia 25-1-10, EDJ 18110).

4.6.3. Prueba de instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso

a. Proposición de la prueba: ¿anticipada o en el acto del juicio?

– Al igual que en los medios de prueba precedentes, el problema principal de este tipo de pruebas es que se **impugne su autenticidad** o su **exactitud**, lo que obliga normalmente a desplegar otros medios de prueba auxiliares para demostrar su autenticidad o exactitud, de manera que su práctica anticipada permitirá despejar la duda, posibilitando aportar las pruebas auxiliares en el acto del juicio, cuando se impugnen, o despreocuparse de dicha eventualidad.

b. Presentación telemática

– Puede presentarse telemáticamente del mismo modo que los medios de prueba precedentes, lo que permite su **visualización** por la **contraparte**, así como el cuestionamiento previo de su autenticidad o exactitud, posibilitando, en su caso, la aportación de medios de prueba auxiliares.

b. 1. Admisión registro ordenador personal

– Debe admitirse **obligatoriamente**, salvo que se trate de una prueba inútil o impertinente, lo que obligará a una motivación razonable de la denegación (TSJ Las Palmas 28-5-07, EDJ 156202).

– Se ha validado la instalación de **programas de control de los sistemas informáticos** (TSJ Cataluña 29-6-01; TSJ Galicia 30-5-03; TSJ C. Valenciana 4-7-07). También cuando el propio **trabajador consintió** el control de su propio correo (TSJ Cataluña 11-3-04).

– Inicialmente se exigió que el acceso al ordenador se hiciera en **presencia del trabajador** o con presencia de los representantes sindicales (TSJ Aragón 4-12-07, EDJ 348442), aunque se admitió en algunos supuestos, en los que el ordenador del trabajador funcionaba **en red** con otros ordenadores de la empresa y **no** se entró a conocer sobre su **correo personal** (TSJ Madrid 22-11-03).

– No son exigibles las garantías contempladas en el ET art. 18, porque el control del ordenador del trabajador no supone, a priori, una intromisión en su intimidad, puesto que se trata de una herramienta de trabajo, cuya utilización puede protocolizarse por el empleador, en cuyo caso ha de ceder la **presunción de tolerancia** (TS 26-9-07, ROJ 6128/07). Con el mismo criterio (TSJ Burgos 11-6-09; TSJ Murcia 3-7-09; TSJ Madrid 13-7-09, EDJ 181184). Dicha tesis ha sido cuestionada desde todos los ángulos, criticándose la **obligación de advertencia**, cuando concurren causas razonables y proporcionadas (**A. Sempere Navarro y C. Martín Mazzucconi**, Nuevas tecnologías y relaciones laborales), criticándose también la invasión indiscriminada de la intimidad del

trabajador (**Pérez De Los Cobos Orihuel**, Nuevas tecnologías y relación de trabajo y **B. Valdés de la Vega**, «El derecho a la intimidad y su expectativa de respeto en el uso personal de las tecnologías de la información»), habiéndose defendido que debe distinguirse entre **controles rutinarios**, que deben acomodarse a la protocolización establecida y **controles de emergencia (A. Desdentado)**.

– Resolviendo un problema de concurrencia desleal, se ha defendido que las líneas esenciales de esta **doctrina constitucional** sobre el derecho al **secreto de las comunicaciones** son las siguientes: **a)** La Constitución art. 18 garantiza la **impenetrabilidad de la comunicación** para terceros, «sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma» (TCo 114/1984, F. 7). Por lo que desde este punto vista, está fuera de toda duda que el empresario, a quien no va dirigida la comunicación, tiene la condición de tercero respecto de las conversaciones mantenidas por el trabajador con compañeros de trabajo o con personas ajenas a la empresa; **b)** El **concepto de secreto** en la Constitución art.18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (TCo 114/1984, F. 7; 34/1996, F. 4); **c)** Los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal de la Constitución art.18.3 (TCo 70/2002) **d)** El **derecho a la intimidad**, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce la Constitución art. 10 implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (TCo 209/1988; 231/1988; 197/1991; 99/1994; 143/1994; 207/1996; entre otras); **e)** El derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante **intereses constitucionalmente relevantes**, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (TCo 57/1994; 143/1994; por todas); **f)** El **poder de dirección del empresario**, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y reconocido expresamente en el ET art. 20, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales (ET art.20.3). Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda la normativa laboral (ET art.4.2 e y 20.3) (TCo 98/2000); **g)** Sobre los límites impuestos por la dignidad humana al empleo de medidas de vigilancia y control, debe tenerse en cuenta, en cuanto a la cuestión que aquí interesa, que la LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, art. 7, en relación con el art. 2 de la misma ley, considera **intromisiones ilegítimas**

en el derecho a la intimidad, entre otras (sin perjuicio de los supuestos de consentimiento expreso del titular del derecho y de actuaciones autorizadas por una ley) «el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas» y «la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción» (TCo 98/2000); **h)** No puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado **propia esfera de desenvolvimiento del individuo** (TCo 231/1988, FJ 4; 197/1991, FJ 3; por todas). En suma, hay que atender no solo al **lugar del centro del trabajo** en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a **otros elementos de juicio** (si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control, etc.) para dilucidar en cada caso concreto si esos medios de vigilancia y control respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores; **i)** Y, por último, y como se razona en la TS 5-12-03, Rec 52/03, los controles **empresariales** que puedan establecer los empleadores en uso de su derecho a controlar la actividad de los trabajadores son lícitos mientras no produzcan resultados inconstitucionales, y que para poder afirmar si ese respeto se entiende producido o no hay que establecer en cada caso si la medida empresarial adoptada se acomoda a las **exigencias de proporcionalidad** entre el fin pretendido con ella y la posible restricción de aquel derecho fundamental de los trabajadores, para lo cual es necesario constatar si dicha medida «cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (TCo 186/2000).

A la vista de la doctrina constitucional citada la materia, no queda sino aplicar sus principios al supuesto enjuiciado, señalando que como en nuestra legislación nacional, no existe normativa específica que regule la instalación y utilización de estos mecanismos de control y vigilancia, debe estarse a lo establecido en la TCo 98/2000, que establece que en ese supuesto «deberán ser los **órganos jurisdiccionales** los encargados de ponderar, en qué circunstancias puede considerarse legítimo su uso por parte del empresario, al amparo del poder de dirección que le reconoce el ET art. 20, atendiendo siempre al respeto de los derechos fundamentales del trabajador, y muy especialmente al derecho a la intimidad personal que protege la Constitución art.18.1, teniendo siempre

presente el principio de proporcionalidad». Y en este supuesto consta que la **empresa** estableció la **prohibición** del uso del ordenador para fines ajenos a la prestación laboral, lo cual se efectuó en un primer momento de forma verbal y después por escrito, en una nota entregada personalmente y firmada por cada trabajador en el mes de enero. Igualmente consta que la empresa efectuó la instalación de un **programa espía** de control de la actividad ajena a esos usos y previamente lo **comunicó** al enlace sindical. Y que, cuando procedió a la extracción de los listados correspondientes al ordenador del trabajador, para constatar las **páginas web visitadas** por éste concreto trabajador, estaban presentes, además del propio trabajador, el mismo enlace sindical y el representante de la empresa. Es evidente que en éste supuesto el control de la actividad del trabajador, que no ha afectado a información personal, ni al contenido de su Messenger, ni al de su correo personal, ni consta ni se ha alegado que se efectuase un listado del contenido de actuaciones puramente personales, cartas, mensajes, etc. ha tenido las garantías propias y adecuadas al respeto de sus derechos fundamentales, y ha contado con las garantías propias no solo de nuestro sistema constitucional, sino también del contenido de las Directivas aplicables 1995/46/CEE, desarrollada por la 2002/58/CEE, pues ha contado tanto con el elemento de la **causalidad**, como con el de **proporcionalidad**, mínima repercusión sobre la intimidad del trabajador y presencia del representante sindical, todo lo cual nos lleva a concluir que no ha existido la infracción denunciada (TSJ C.Valenciana 4-7-07).

– Derecho de intimidad: ¿derecho de libertad o derecho prestacional?: (TS 16-2-10, Rec 57/2009: es legítimo que la empresa obligue a designar un owner, para que se responsabilice de las **comunicaciones telemáticas del sindicato**, porque así lo exige el sistema y no afecta a la intimidad.

– Se ha validado cuando se **autorizó** pacíficamente por el **trabajador la entrega del ordenador** en presencia de Notario, quien custodió el ordenador para la realización de la correspondiente prueba pericial (TSJ Sevilla 20-10-09, EDJ 321035).

– No procede cuando se realizó el **registro** del ordenador **sin advertencia** previa y sin presencia de los representantes de los trabajadores (TSJ País Vasco 12-9-06; TSJ Madrid 16-1-07; TSJ Aragón 4-12-07; TSJ Galicia 3-3-08; TSJ Madrid 5-11-08; TSJ Cataluña 3-6-08).

– **Inexistencia de advertencia** previa sobre **utilización y controles** (TSJ Cataluña 3-6-08; TSJ Madrid 5-11-08; TSJ Galicia 6-11-08).

– Necesidad de previa advertencia sobre uso y controles (TSJ País Vasco 12-9-06; 24-4-07). En efecto, cuando no se establecieron reglas y la auditoría también se ha dirigido a averiguar la utilización, por todos los empleados, de las visitas a internet; describiendo no solo el número de visitas sino también las concretas páginas visitadas, con lo que el acceso a su contenido, con la consiguiente violación del derecho a la intimidad del trabajador resulta posible para cualquiera que quiera comprobarlo y el hecho de que se hayan detectado abusivas visitas a páginas consentidas por la empresa, sin adoptar las garantías necesarias vulnera los derechos fundamentales de los empleados, sin que pueda justificarse

la medida, en este caso, aduciendo el poder de control del empresario sobre el medio de producción, anulándose la prueba que causó el despido del trabajador (TSJ C.Valenciana 16-2-10, EDJ 69425).

– Se ha entendido que no procede penetrar en el ordenador del trabajador, si no se advirtió de dicha posibilidad y no concurre causa habilitante (TSJ Galicia 6-11-08; TSJ Madrid 16-9-09; TSJ Madrid 10-11-09).

– Se invalida la prueba si **se entra en el correo** de la demandante, como consecuencia de la intervención en el de otro trabajador, que había recibido correos de la demandante, entendiéndose que el acceso a los correos vulneró la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones (TSJ País Vasco 6-11-07).

– En sentido contrario, se ha entendido que el ordenador es un instrumento de trabajo, cuyo control entra dentro de las facultades del empleador, **sin necesidad de preaviso** (TSJ Sevilla 25-11-09).

– Por el contrario, **se valida la prueba**, porque la empresa no entró en el ordenador del trabajador, sino que fue el trabajador quien entró en el ordenador de una compañera para realizar los actos ilícitos que se le imputan (TSJ Cataluña 11-4-08). También cuando se advirtió de la posibilidad de control del ordenador, cuyo uso privado estaba protocolizado por la empresa (TSJ Madrid 13-5-03).

– Se ha entendido incluso, que la conducta del trabajador consistente en utilizar la **clave de ordenador de una compañera** sin que se haya acreditado que la finalidad de ello fuera obtener acceso a base de datos para utilizar la información allí contenida en su propio beneficio y en una situación de deslealtad, no es constitutiva de trasgresión grave y culpable de la buena fe contractual que justifique la decisión extintiva acordada por la empresa. La Sala señala que los registros informáticos del ordenador del demandante han vulnerado su derecho a la intimidad, pues han ido más allá del control que la empresa está legitimada a efectuar para comprobar la ejecución de la prestación laboral con los medios de su propiedad, ya que teniendo en cuenta el consentimiento y uso generalizado de ordenadores y claves de acceso de unos empleados por otros, debió advertir previamente sobre el uso que debían hacerse de los equipos informáticos con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales si era preciso, así como advertir de la existencia de controles para comprobación de usos para evitar expectativas razonables de intimidad (TSJ Las Palmas 24-6-09, EDJ 140114).

b. 2. Admisión control correos personales

– Intereses en juego, especialmente el interés de terceros: ¿Basta la potestad de control ET art. 20.3 para dejar sin efecto el **secreto de las comunicaciones** consagrado por la Constitución art.18.3?: la Constitución art.18.3 protege identificación personal interlocutores; contra la interceptación o el conocimiento antijurídico de las comunicaciones (TS 16-2-10, Rec 57/09).

– Se ha defendido que el ET art.20.3 no permite mecánicamente la intromisión en los correos electrónicos de los trabajadores, exigiendo que concurren **criterios de ponderación razonables y proporcionados**, no

bastando las meras sospechas (TSJ Cataluña 9-7-02; 11-6-03; TSJ Madrid 4-12-02). En la misma línea, cuando se comprobaron los correos electrónicos del trabajador mediante un **programa espía** (TSJ C. Valenciana 19-7-05; 22-12-05).

– Se ha admitido, no obstante, que si la empresa no advierte a los trabajadores sobre el uso del ordenador para actividades personales o no lo protocoliza de algún modo debe presumirse que existe una expectativa de **tolerancia empresarial** (TSJ C. Valenciana 7-10-08).

– Se ha considerado que la utilización del **fichero informático**, en el que se guardaban los datos de **afiliación sindical**, para producir descuentos por participación en huelga, vulneró la Constitución art.28.1 y 18.4 (TCo 11/1998).

– También se ha otorgado el amparo solicitado al entender que el tratamiento y conservación de **diagnósticos médicos** en la base de datos de una entidad bancaria denominada «absentismo con baja médica», sin consentimiento expreso de los afectados, incumple la garantía que para la protección de los derechos fundamentales contiene la Constitución art. 53. Señala la Sala, que tratándose de datos de carácter personal que hacen referencia a la salud, su tratamiento automatizado únicamente resultaría posible ex art. 7 LORTAD si mediase el consentimiento expreso de los afectados o si, por razones de interés general, así lo dispusiera una Ley. En este sentido, a la vista del contenido del fichero, resulta forzoso convenir que su mantenimiento no se dirige a la preservación de la salud de los trabajadores, sino al control del absentismo laboral, y consecuentemente la creación y actualización del mismo en los términos en que se ha llevado a efecto, no puede ampararse en la existencia de un interés general, sino que la realización de dichas actividades, prescindiendo del consentimiento expreso de los afectados, ha de calificarse como una medida inadecuada y desproporcionada que conculca el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información» (TCo 202/1999).

– Se ha considerado también que el acceso al correo electrónico de la trabajadora constituyó medio proporcionado para constatar que prestó **servicios durante su IT** para empresa de la competencia (TSJ Madrid 19-11-08, EDJ 309502).

c. Práctica

– Hay que **visualizar** necesariamente el archivo, aunque se ha admitido no hacerlo, cuando se dio por buena la declaración de un testigo que si lo había visualizado (TSJ Madrid 13-11-02), aunque dicha tesis contradice lo dispuesto en la LEC art.384.1, que exige la reproducción del archivo por los medios que disponga la parte o el Tribunal.

– No parece que la **puesta a disposición de los medios** por la parte sea constitutiva para la práctica de la prueba (TSJ Las Palmas 28-5-07, EDJ 156202).

– Debe levantarse **acta** ad hoc en los mismos términos que la prueba precedente.

d. Valoración

- Esta prueba se valora conforme a las **reglas de la sana crítica** (LEC art.384.3).
- Ahora bien, cuando el archivo presentado sea un documento público o privado, presentado mediante **imágenes digitalizadas**, se valora conforme a los criterios sentados más arriba (LEC art. 384. 3).
- Así no se dio valor al archivo, que **no fue reconocido por la contraparte** (TSJ Madrid 13-10-09, EDJ 312048).

e. Medios útiles para la modificación de los hechos probados en recurso de suplicación o casación

- Se modifican **hechos probados** en función de grabación digital obrante en autos (TSJ Galicia 3-5-02). Criterio contrario (TSJ Cataluña 6-9-05).
- La cuestión ya ha sido resuelta en casación (**Aurelio Desdentado**), entendiéndose que los medios examinados son un **medio autónomo de prueba**, que no tienen naturaleza jurídica de prueba documental (TS 16-6-11, EDJ 225556).

V. RECONOCIMIENTO JUDICIAL

- Se trata de una **prueba excepcional** en el proceso laboral, a diferencia del proceso civil, que la viabiliza siempre que sea **necesario o conveniente** que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona (LEC art.353.1), mientras que en el proceso laboral se exige que sea **imprescindible** (LPL art.87.1) (TSJ Rioja 24-7-01). El mismo artículo establece que se **suspende el juicio** por el tiempo estrictamente necesario, lo que da pie a considerar que es en el acto del juicio donde debe acreditarse la imprescindibilidad de la prueba.
- El **requisito constitutivo**, para la admisión de esta prueba, es señalar qué extremos se pretenden acreditar con la misma y las razones de su imprescindibilidad, dándose traslado de la solicitud a la contraparte para que añada los extremos de hecho que pretenda acreditar con la misma (LEC art.353.2).
- La parte proponente debe **anunciar** si piensa acudir con una persona técnica o práctica en la materia (LEC art.535.2).
- Es exigible necesariamente que se practique con **presencia del juez** y si no fuera así, si se desplaza una comisión judicial, debe realizarse la oportuna protesta (TSJ País Vasco 21-7-09, ROJ 1468/09). Del mismo modo, la prueba debe practicarse en **presencia de las partes** (TSJ Castilla-La Mancha 23-3-96).
- Su **admisión o inadmisión** es potestad del juzgador (TS 2-2-83) y la inadmisión exige la correspondiente protesta (TS 30-6-86), aunque la inadmisión

debe ser motivada y debe tenerse presente que solo procede cuando la prueba sea inútil o impertinente.

– Si se admite debe practicarse necesariamente, so pena de **nulidad** (TSJ Málaga 16-1-98).

– El Tribunal puede ordenar el acceso al local donde esté el objeto o la persona que tenga que reconocer (LEC art. 354).

– Se puede realizar, al tiempo el interrogatorio (LEC art. 355); la prueba pericial (LEC art. 356) y también la prueba testifical (LEC art. 357) y lo actuado se recoge mediante un **acta** ad hoc (LEC art. 358), que debe realizarse, aunque se empleen medios técnicos de constancia (LEC art. 359).

VI. PRESUNCIONES

– Las presunciones pueden ser legales o judiciales

a) Presunciones legales

– Son presunciones legales, las que la ley establece, en cuyo caso **dispensan de la prueba** del hecho presunto a la parte a la que ese hecho favorezca, si bien el hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba (LEC art.385.1).

– Si la ley contempla una presunción **salvo prueba en contrario**, ésta puede dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción (LEC 385.2), no concurriendo presunción, cuando la enfermedad tiene origen desconocido y no se relaciona de ningún modo con el trabajo (TSJ Rioja 23-5-11, ROJ 354/11), ni tampoco acredita la vulneración de la libertad sindical, cuando se destruye la presunción de veracidad del acta de la Inspección mediante otras pruebas (TSJ Madrid 15-6-11, ROJ 6694/11). Las presunciones establecidas por la Ley admiten la prueba en contrario, **salvo** en los casos en que aquélla expresamente lo **prohíba** (LEC 385.3), lo que se produce cuando se constata que el ACV se produjo por hipertensión (TSJ Extremadura 22-3-11, ROJ 398/11).

– Así, se presume que la **laboralidad del accidente** producido en el lugar y tiempo de trabajo (TSJ Galicia 11-10-11, ROJ 7611/11). Por el contrario, si el accidente se produjo in itinere, no acreditándose los primeros síntomas en el lugar de trabajo, no se presume la laboralidad (TSJ Cataluña 13-5-11, ROJ 4963/11; 19-9-11, ROJ 9071/11), activándose la presunción, cuando los primeros síntomas se activan en el lugar de trabajo (TSJ Rioja 11-2-11, ROJ 80/11; 14-7-11, ROJ 582/11; TSJ Cataluña 8-7-11, ROJ 7832/11), lo que no sucede cuando la ruptura de la aorta se produjo fuera de horas de trabajo en un piso de la empresa (TSJ Cataluña 18-4-11, ROJ 4508/11).

– Cuando se acredita **prestación de servicios retribuidos** por cuenta de otro se presume la existencia de relación laboral (TSJ Cataluña 8-4-11, ROJ 4232/11; 6-6-11, ROJ 6484/11).

– Cuando la ley confiera a un **documento público presunción de certeza**, el juzgador está obligado a razonar por qué se aparta de dicha presunción en la justificación de los hechos probados de su sentencia (LRJS art.97.2), habiéndose negado valor al acta de infracción, cuando el Inspector de Trabajo no constata directamente los hechos (TSJ Castilla-La Mancha 6-10-11, ROJ 2686/11).

– Las **actas de infracción de la Inspección de trabajo** tienen presunción de certeza y hace prueba de las infracciones de prevención de riesgos, se activa la presunción (TSJ Rioja 14-7-11, ROJ 582/11; 29-9-11, ROJ 652/11; TSJ Cataluña 8-2-11, ROJ 1493/11; 28-2-11, ROJ 2573/11; 30-3-11, ROJ 3876/11; 16-6-11, ROJ 8330/11; 8-7-11, ROJ 7864/11), mientras que, si se destruye por otros medios de prueba, no tiene valor alguno (TSJ Cataluña 25-7-11, ROJ 3166/10).

No obstante, la presunción de las actas de la Inspección puede **destruirse** mediante otros medios probatorios y no tienen valor para modificar hechos probados (TSJ Cataluña 25-1-10, Rec 6405/09), por lo que se ha defendido, incluso, que debe destruirse de contrario, aunque los hechos no se hayan precisado pormenorizadamente en el acta (TSJ Cataluña 26-10-10, Rec 2856/09), lo que parece dudoso, ya que la presunción de certeza se despliega cuando la actuación inspectora ha acreditado los hechos del modo ya descrito.

Así, es posible destruir la presunción de certeza del Acta de infracción, referida a la existencia de cesión ilegal de trabajadores, mediante la prueba documental aportada por la empresa (TSJ C.Valenciana 11-1-11, EDJ 32335), o apoyándose en pruebas documentales y testificales valoradas conforme al principio de la sana crítica (TSJ Cataluña 26-1-11, EDJ 49570), de manera que la presunción de certeza decae cuando se destruye con fundamento en otras pruebas, porque si no fuera así, se trataría de una presunción iuris et de iure, y se daría a la actuación administrativa una relevancia jurisdiccional de la que evidentemente carece, lo que resultaría inconstitucional al privar a las partes de toda posibilidad de defensa en el juicio. Por otra parte, una vez practicadas las pruebas, incumbe al juez de lo social apreciar su fuerza de convicción conforme a la LPL art.97.2 (TSJ Madrid 20-12-10, EDJ 345988; TSJ Cataluña 23-12-10, Rec 6582/09). Por el contrario, se declara la existencia de relación laboral en bar de alterne, porque no se destruyó la presunción de veracidad de los extremos fácticos, contenidos en el Acta de infracción (TSJ Castilla-La Mancha 27-12-10, EDJ 314158).

b) Presunciones judiciales

– Son presunciones judiciales aquellas en las que, partiendo de un hecho admitido o probado, el Tribunal puede presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o **demostrado** y el **presunto** existe un **enlace preciso y directo** según las reglas del criterio humano (LEC art.386.1), entendiéndose que concurre presunción de legitimación para

negociar el convenio, cuando las partes se reconocen dicha legitimación (AN 13-5-11, ROJ 2433/11). Así, cuando se acredita que la empresa produjo un gran número de bajas no voluntarias antes de la contratación del trabajador discapacitado, se presumió que enmascaraban despidos improcedentes (TSJ Castilla-La Mancha 6-10-11, ROJ 907/01).

– La presunción, promovida por la parte, no puede dejar sin efecto la **valoración** realizada por el **Juzgador** del conjunto de la prueba (TSJ Cataluña 15-2-11, ROJ 2516/10).

– Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre puede practicar la **prueba en contrario** sobre la inexistencia del hecho base, o sobre la inexistencia de enlace (LEC art.386.2).

– La presunción judicial exige al **juez razonar** en la sentencia sobre los criterios de su razonamiento (LEC art.386.1).

– La carga probatoria sobre causa disciplinaria en extinciones de contratos de fomento del empleo indefinido, basadas en causas objetivas, permitiría acreditar **fraude de ley**, si de los hechos admitidos o probados se constata que la causa extintiva no era propiamente objetiva, utilizándose la misma con una finalidad torpe (TS 12-5-09).