



Roj: **STSJ PV 2941/2014 - ECLI: ES:TSJPV:2014:2941**

Id Cendoj: **48020340012014101494**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2014**

Nº de Recurso: **1667/2014**

Nº de Resolución: **1653/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación 1667/2014

**N.I.G. P.V. 48.04.4-13/003826**

**N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2013/0003826**

**SENTENCIA Nº: 1653/2014**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 23/9/2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. EMILIO PALOMO BALDA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Luis Pablo contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 10 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 26 de marzo de 2014, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Luis Pablo frente a Justa, COMUNIDAD DE BIENES DIRECCION000 y Regina.

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"1º.- El demandante D. Luis Pablo, DNI- NUM000 formuló demanda ante este Juzgado frente a la empresa DIRECCION000.

2º.- Las personas de Regina y Dña. Justa suscribieron un negocio jurídico constituyendo una Comunidad de Bienes para la explotación del Bar Gorriz en un 50% cada una de ellas.

La Sra. Justa suscribió un negocio jurídico con la otra comunera Sra. Regina por la que la primera abandonaba la titularidad de tal 50% que son adquiridas por la Sra. Regina en fecha 20-3-06 y con un precio de 18.030 euros. No obstante no disolvieron la comunidad de bienes.

3º.- La Sra. Justa se dio de baja en el RETA por la actividad de Bar Gorriz sito en autonomía, con fecha 31-3-13.



4º.- La Sra. Regina ha procedido al cierre del bar y ello en virtud de desahucio llevado a cabo ante el juzgado de 1ª instancia nº 7 autos 203/2013 en fecha 13-3-13.

5º.- El demandante no se encontraba dado de alta en la empresa.

6º.- El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal ni sindical.

7º.- Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación."

**SEGUNDO** .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimando la demanda formulada por D. Luis Pablo frente a DÑA. Regina Y DÑA. Justa , debo absolver y absuelvo al demandado de cuanto en la demanda se reclama."

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que no fue impugnado por las contrapartes.

**CUARTO**.- Por encontrarse de baja por enfermedad, el Iltmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE ha sido sustituido en la deliberación y fallo de la presente sentencia por el Iltmo. Sr. Magistrado D. EMILIO PALOMO BALDA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La resolución judicial de instancia ha desestimado la pretensión del trabajador demandante que solicita, previa declaración de la existencia de una relación laboral de camarero, el pronunciamiento respecto de un despido improcedente al que acumula reclamación de cantidad para dos empresariales personas físicas, de las que a una es aceptada su falta de legitimación pasiva por haber transmitido la empresarial a la otra, a la que finalmente el Juzgador de Instancia tiene por confesa ante su incomparecencia ( artículo 91.2.I LRJS ), pero viene a concluir con la inexistencia o insuficiencia por convicción de la prueba articulada, donde la única prueba practicada ha sido una declaración testifical que entiende preparada y sin ninguna validez, echando de menos cualquier otra prueba documental o de naturaleza análoga, pero habiendo denegado cualquier otra actividad o medio probatorio que el demandante pretendía articular mediante un reconocimiento judicial o subsidiariamente llega a vislumbrar la posibilidad de una documental en diligencia final, para insistentemente probar la relación jurídica. Es cierto que el examen por el Juzgador mediante reconocimiento judicial que es denegado, lo es en referencia a un teléfono móvil del trabajador demandante y su exhibición a los efectos de visualizar los mensajes y reenvíos de la aplicación técnicamente denominada whatsapp que aparentemente recoge las intervenciones o conversaciones mantenidas entre la posible empresarial y su presunto trabajador con temáticas varias no concluidas.

Disconforme con tal resolución de Instancia, el supuesto trabajador demandante plantea recurso de suplicación articulando únicamente un motivo de nulidad al amparo del párrafo a) del artículo 193 de la LRJS , que pasamos a analizar.

**SEGUNDO**.- El motivo de reposición de autos al estado en que se encontraba en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión tiene por finalidad genérica denunciar irregularidades en la tramitación del procedimiento especialmente calificadas por el efecto de que su apreciación conlleva la declaración de nulidad de las actuaciones viciadas. Tal es así que resulta necesario en la configuración legal y jurisprudencial del motivo la denuncia de la infracción o garantía de carácter procedimental entendida en un sentido amplio que alcance incluso los principios constitucionales. Pero además esa denuncia ha de referirse no a la infracción de cualquier norma procesal sino aquella que cualificadamente implica la efectiva indefensión de la parte como concurrencia de un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios argumentos. En todo caso es necesario que la parte recurrente haya intentado la subsanación de la infracción en el momento procesal oportuno o haya formulado correspondiente protesta en tiempo y forma, y todo ello salvo supuestos de anulación de oficio sin son defectos propios del orden jurídico público procesal. Esas exigencias de invocación de preceptos infringidos tratándose de infracciones de normas procesales como normas vulneradas de carácter esencial, que hayan producido indefensión y que quien invoca tal transgresión de la norma procesal no lo haya provocado o propiciado con su conducta formulando la oportuna protesta en tiempo y forma. Y es que resulta evidente que la parte que articula esta motivación está sujeta a cargo de precisar las específicas reglas procesales infringidas y su razonamiento ya que no corresponde al Tribunal Superior examinarlo por su cuenta al estar ante un recurso extraordinario, máxime cuando la consecuencia de una infracción de estas características no es resolver el litigio en la forma pedida por el recurrente, sino retrotraer el curso del proceso al momento en que aquella se cometió a fin de que se desarrolle en forma correcta y sin perjuicio para los litigantes. Sin embargo este especial efecto que es contrario a cualquier principio de economía y rapidez procesal determina que únicamente deba decretarse



la nulidad cuando la infracción sea de tal calado que haya producido verdadera indefensión máxime tras los dictados orgánicos tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial 19/2003 de 23 de diciembre.

Uno de los motivos por los que puede recurrirse una sentencia en suplicación estriba en que ésta se haya dictado con violación de normas de procedimiento, siempre que con ello se ocasione indefensión a la parte ( art. 193.a LRJS ).

Lo que se denuncia por este cauce son los errores en que haya podido incurrir el Juzgado hasta el mismo momento de dictar sentencia en el concreto modo de conducir el proceso.

La parte que así lo hace está sujeta a la carga de precisar la específica regla procesal infringida y por qué lo ha sido ( art. 197.2 LRJS ), ya que no corresponde al Tribunal Superior examinarlo por su propia cuenta, al estar ante un recurso extraordinario.

La consecuencia de una infracción de esas características no es resolver el litigio en la forma pedida por la parte, sino retrotraer el curso del proceso al momento en que aquélla se cometió, a fin de que se desarrolle en forma correcta y sin perjuicio para los litigantes, a no ser que haya elementos suficientes de decisión judicial ( art. 202 LRJS ).

Este especial efecto, contrario a una tutela judicial rápida, determina que únicamente deba decretarse cuando la infracción cometida haya producido indefensión a la parte que lo alega y ésta haya sido diligente en la defensa de sus intereses. En este último aspecto, la jurisprudencia es concluyente entendiendo que no se da esa vulneración si la parte que alega el defecto no hizo uso de los medios legales para rectificarlo y, muy concretamente, si no dejó constancia de su protesta en el acto del juicio (siempre que, claro es, la infracción ocurriera antes de que éste finalizara; no si fue después o, como se resolvió por el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de junio de 1993 , Ar. 4768, si tuvo lugar antes y ya se impugnó), cuyo amparo legal actual proviene de la aplicación analógica de lo dispuesto en los arts. 459 y 469.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC ).

Nuestra Constitución reconoce el derecho de todos a litigar valiéndose de los medios de prueba pertinentes para su defensa ( art. 24.2 CE ), en regla que reitera el art. 90.1 LRJS . Ahora bien, no toda denegación de una prueba solicitada lesiona el derecho que todo litigante tiene a valerse de los medios de prueba pertinentes para su defensa ( art. 90.1 LRJS ) y causa indefensión.

Se precisa, a tal efecto, que estemos ante una prueba dotada de los siguientes caracteres: 1) pertinente: es decir, destinada a acreditar un hecho o, excepcionalmente, una costumbre o el derecho extranjero, relacionado con el objeto del proceso ( art. 283.1 LEC ); 2) útil: descartando las pruebas destinadas a acreditar hechos exentos de demostración por estar conformes las partes sobre su existencia y ser materia sujeta a su disposición ( art. 281.3 LEC ) o hechos que gozan de notoriedad absoluta y general ( art. 281.4 LEC ), así como las pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso pueden contribuir a esclarecer los hechos controvertidos ( art. 283.2 LEC ); 3) legal: esto es, que no vulnere derechos fundamentales ni suponga una actividad legalmente prohibida ( art. 283.3 LEC ); 4) solicitada en tiempo y forma: excluyendo los que se piden mal o tardíamente, no ajustándose al modo o al tiempo dispuesto legalmente a tal fin.

Además, puesto que también se exige que la denegación indebida no cause indefensión, habrá que excluir los supuestos en los que ésta no se produce, como ocurre por ejemplo cuando se pide para acreditar un hecho que el Juzgado ya tiene por probado, en base a otros medios, pues en estos casos su posterior práctica se revelaría estéril, al no conducir a ningún resultado distinto al ya obtenido, y siempre que no haya posible contracción evidente.

Tal es así que en el supuesto de autos el trabajador, aparentemente, propuso en tiempo y forma, una prueba que identificó como reconocimiento judicial, pretendiendo que el Juzgador examinase su teléfono móvil visualizando los mensajes que denomina whatsapp al objeto de descubrir las conversaciones y los indicios correspondientes a la presunta relación laboral y sus consecuencias, donde solo subsidiariamente se aceptaría una práctica de documentación a realizar en diligencia final disponible. Es cierto que la falta de habitualidad de la prueba denominada reconocimiento judicial ( artículo 353 y ss de la LEC ) en el orden jurisdiccional social, se enmarca en la posibilidad y precisión de utilizar otros medios de prueba suficientes al objeto de argumentar y probar las pretensiones, donde la apelación de medios y maneras propias de nuevas tecnologías (e-mail, sms, whatsapp, Facebook, etc ¿ ), se antoja poco habitual y más distante bajo asertos de cierto recelo en garantía de seguridad de información, comunicación y trato de datos y/o conocimiento suficiente de los profesionales, incluido el Juzgador. Pero no lo es menos, que al igual que el artículo 90 de la LRJS ve admisible en los medios de prueba cuantos se regulen en esta Ley Social (y habrá que decir también en la de Enjuiciamiento común según la Disposición Final 4<sup>a</sup> que otorga su supletoriedad), lo cierto es que existe justificación de utilidad y pertinencia respecto a instrumentos en los procedimientos de reproducción de palabra, imagen, archivo,



reproducción de datos, siempre aportados por medio de soporte adecuado y en otorgamiento de disposición del órgano jurisdiccional para con los medios necesarios para su reproducción, constancia u observación, que permite tener por posibles dichos medios de prueba, siempre con el límite en la valoración judicial final propia de la sana crítica o de la jerarquía de las pruebas.

Quiere decirse que, como bien acierta a recoger ese artículo 90 de la LRJS, y también reconocen los artículos 382 y ss de la LEC, los instrumentos de filmación, grabación y semejantes, en reproducción de palabras, sonido, imagen u otros instrumentos que permiten archivar o conocer datos relevantes para el proceso, pueden ser propuestos como medio de prueba, sin perjuicio de que la parte en general debe aportar, acompañar o facilitar la posibilidad de la transcripción de lo habido en el soporte que resulte relevante, al margen de que también pudieran informarse, dictaminarse o autenticarse con exactitud de lo reproducido mediante otros medios probatorios. Se insiste, todo ello, bajo los criterios de la sana crítica que el Juzgado o Tribunal debe valorar respecto de la prueba practicada.

Es por ello que en el supuesto de autos, esta Sala considera que la aparente denegación de la práctica o del medio de prueba que el demandante articula como reconocimiento judicial o subsidiariamente pretende que se le facilite ya sea a través de diligencia final una posterior documentación, provoca que al considerar el Juzgador de Instancia que el resto de actividad probatoria (testificales, supuestamente preparadas) devienen inoperantes e insuficientes, la contradicción in terminis de tener por confesa a la empresarial física no personada, unido a la no admisión de esos medios de prueba presentados por el demandante, compaginan que se incurra en una vulneración de la tutela judicial efectiva, en la utilización de los medios de defensa, produciendo cierta indefensión, aunque en ella haya colaborado disimuladamente o de forma tangencial el propio demandante ( art. 24 de la Constitución y Doctrina constitucional).

En resumidas cuentas, entiende esta Sala de lo Social pertinente o útil respecto de la finalidad y contenido dentro del objeto litigioso, ya sea el conocimiento judicial informado y documentado, o en su caso, la reproducción de esos instrumentos de archivo y conocimiento de datos que pueden ser relevantes para el proceso, de cara a amalgamar indicios y veracidades de una posible relación jurídica laboral y sus consecuencias.

Difícilmente podemos atender a un principio y derecho de tutela judicial efectiva, si se deniega a la parte la procedencia y práctica de una prueba que se antoja como única y vital para poder hacer valer los contrastes de la argumentación de las contrapartes, posibilitando algún tipo de acreditación de determinadas circunstancias fácticas y jurídicas, que de otro modo resultan imposibles. Es conocida la dificultad de los medios de prueba en temáticas parejas de reconocimiento de posibles relaciones laborales o ajenas, y supondría la causación de indefensión que no se pueda solventar en el juicio de valoración de prueba con los medios de convicción del Juzgador de Instancia, concluyendo con una queja de falta de prueba (solo testigos preparados y ausencia de documental ) dando por confesa a la no personada, pero finalmente denegando o desestimando la pretensión, ya sin haber realizado un reconocimiento judicial o una instrumentación de la reproducción los datos registrados en los servidores propios tecnológicos, que en el caso concreto se refieren a whatsapp, pero que pudieran ser también e-mail, sms, Facebook u otros.

En modo alguno esta Sala predetermina la valoración probatoria de la información contenida en esas nuevas tecnologías con aplicaciones características especiales y otros servicios de mensajería, cuya dificultad de garantía de seguridad de información, comunicación y tratamiento de datos sensibles puede resultar más o menos recomendable en una teoría de transmisión segura para poder probar envíos y recepciones que queden registrados en servicios informáticos, pero que suponen el riesgo de diligencia y profesionalidad, puesto que tan solo queremos afirmar que estos posibles medios probatorios no pueden ser desbancados o denegados cuando nuestra sociedad tecnológica los presenta como herramientas o necesidades casi vitales, y los efectos de su envío de información para con las personas, emisor y receptor, han sido ya avanzados y resueltos, al menos en lo que se refiere a correo electrónico por resoluciones judiciales más bien puntuales, pero que cobran importancia ( STS, Sala 1ª, 2 de noviembre de 2009 ¿Rec. 1639/05 - respecto del correo electrónico).

En resumidas cuentas, entendemos que debe estimarse el recurso en su única y principal pretensión de nulidad al objeto de dar oportunidad de práctica probatoria ya analizada, sin provocar indefensión, y todo ello bajo el principio de tutela judicial efectiva ( artículo 24 de la Constitución ).

**TERCERO.-** Como quiera que el recurrente ve estimado su recurso y además, al pleitear como posible trabajador goza del beneficio de justicia gratuita, en atención al artículo 235.1 de la LRJS no habrá condena en costas.

**FALLAMOS**



Que **ESTIMANDO** la pretensión anulatoria del recurso de suplicación interpuesto por Luis Pablo contra la Sentencia de 26 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de los de Bilbao , en autos nº 375/2013, seguidos a instancia del hoy recurrente frente a Regina , Justa y COMUNIDAD DE BIENES DIRECCION000 , revocamos la resolución de instancia anulando el curso de la actuación procesal desde la celebración del juicio oral, debiendo convocar nuevamente a las partes a la celebración y práctica de las pruebas analizadas, con el consabido juicio oral, permitiéndose la prueba propuesta o la que se identifique como tal por las partes.

Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

#### **ADVERTENCIAS LEGALES.-**

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000- 66-1667-14.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1667-14.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.