

# EL ACCESO ANTICIPADO A LA FUENTE DE PRUEBA DIGITAL Y SU ASEGURAMIENTO EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

EARLY ACCESS TO THE SOURCE OF DIGITAL EVIDENCE AND ITS SECURITY IN THE SOCIAL JURISDICTIONAL ORDER

**Ainhoa M.<sup>a</sup> Goñi Irulegui**  
Doctoranda de Derecho Procesal  
Universidad Pública de Navarra  
*ainhoagoniirulegui@gmail.com*

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN; II. TUTELA JUDICIAL ANTICIPATORIA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL; III. DILIGENCIAS PRELIMINARES Y ACCESO ANTICIPADO A FUENTES DE PRUEBA DIGITALES. 3.1. Investigación sin injerencia constitucional y sin autorización judicial. 3.2. Acceso a datos y archivos electrónicos en poder de tercero con autorización expresa del juez (ex arts. 76.4 y 90.4 LJS). 3.2.1. Tramitación de la solicitud. 3.2.2. Cautelas en la práctica de la diligencia preliminar. 3.2.3. Consecuencias de la negativa a facilitar el acceso. IV. ASEGURAMIENTO DE LAS FUENTES DE PRUEBA DIGITAL. 4.1. Los riesgos de manipulación, deterioro y pérdida de hechos electrónicos y aseguramiento de la prueba en el orden jurisdiccional social; 4.2. Solicitud de medidas de aseguramiento de la prueba ex arts. 297 y 298 LEC: 4.2.1. Sujetos legitimados y momentos; 4.2.2. Procedimiento. 4.2.3. Medidas de aseguramiento. V. CONCLUSIONES.

**Palabras clave:** Fuentes de prueba, información electrónica, auxilio judicial, obtención de pruebas, medidas de aseguramiento.

**Keywords:** Sources of evidence, electronic information, judicial assistance, obtaining evidence, assurance measures.

**Resumen:** En el presente estudio se abordan dos cuestiones de gran trascendencia con relación a la prueba electrónica en el proceso laboral: por un lado, si es posible acceder a datos e información electrónica en poder de la contraparte para proponer posteriormente como fuente de prueba en el proceso laboral; por otro lado, la posibilidad de adopción de medidas de aseguramiento de las pruebas obtenidas. Al respecto, se defiende que los artículos 76.4 y 90.4 de la LJS permiten solicitar y obtener, mediante el auxilio judicial, el acceso a las pruebas electrónicas que, de otro modo, no se podrían obtener, y que, por su parte, el art. 78.2 LJS, si bien adolece de un contenido adecuado, ofrece, en consonancia con el art. 297.1 LEC, un cauce para garantizar la preservación de las informaciones electrónicas que pueden constituir prueba en el proceso laboral.

**Abstract:** This study addresses two issues of great importance in relation to electronic evidence in the labor process: on the one hand, whether it is possible to access data and electronic information held by the counterparty to subsequently propose it as a source of evidence in the labor process; on the other hand, the possibility of adopting measures to ensure the evidence obtained. In this regard, it is argued that articles 76.4 and 90.4 of the LJS allow for requesting and obtaining, through judicial assistance, access to electronic evidence that, otherwise, could not be obtained, and that, for their part, the art. 78.2 LJS, although it lacks adequate content, offers, in line with art. 297.1 LEC, a channel to guarantee the preservation of electronic information that may constitute evidence in the labor process.

## I.- INTRODUCCIÓN

En virtud del principio dispositivo y de rogación de parte que rigen en el proceso laboral<sup>1</sup>, la actividad de investigación previa de las pruebas y preparatoria del litigio corresponde casi en exclusiva a las partes, sin perjuicio de alguna limitada facultad judicial<sup>2</sup>. Son las partes quienes deben realizar por su cuenta y, en principio, sin colaboración alguna de la parte que en su día pueda ser demandada o del juez, la investigación de los hechos<sup>3</sup>. Disponen en este sentido de amplia libertad de «iniciativa probatoria»<sup>4</sup> para la realización de la investigación fuera del proceso en virtud del art. 282 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

Sin embargo, sucede que las partes se encuentran a menudo con dificultades para articular debidamente su demanda ante la imposibilidad de acceder a hechos o información por encontrarse en poder de la contraparte o de terceros. Se aprecia señaladamente en el ámbito laboral en que las evidencias se contienen en dispositivos electrónicos, bien de la empresa

---

1 El proceso laboral se rige asimismo por principios comunes con el proceso civil: MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.<sup>a</sup>; SEMPERE NAVARRO, A.V.; CAVAS MARTÍNEZ, F.; LUJÁN ALCARAZ, J.: *Curso de procedimiento laboral*, Tecnos, Madrid, 10.<sup>a</sup> ed., 2014, p. 114.

2 DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2.<sup>a</sup> edic. La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 226.

3 PUIG FURA, S.: *La prueba pericial informática en el procedimiento civil*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2015, p. 211.

4 ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P.: «Comentario al artículo 90 LJS», AA. VV. (Dir. J. MERCADER): *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Comentada y con jurisprudencia*, Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 646.

o del trabajador, y la parte interesada no dispone de la prueba pretendida para aportarla al proceso. Ello suscita el problema de si es posible, y cómo, acceder a estos datos o fuentes de prueba para proponerlos posteriormente como fuente de prueba. Al igual que la LEC, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS), contempla alguna posibilidad de tutela judicial anticipatoria al proceso, especialmente a través de las diligencias preliminares. En la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo I del Título I del Libro II (artículos 76 y 77 LJS) se regulan los «Actos preparatorios y diligencias preliminares», cuyo objeto es la preparación de un futuro juicio, y es oportuno preguntarse si supone un cauce procesal para que una parte de modo legítimo pueda acceder a dispositivos electrónicos que contengan datos relevantes para el futuro proceso y que se hallan en poder de la contraparte.

De otro lado, la naturaleza fácilmente alterable de las fuentes de prueba electrónica determina que su incorporación al proceso presente especiales dificultades de preservación. En la prueba sobre el hecho electrónico existe un mayor riesgo de modificación, alteración e incluso de desaparición. Las partes quedan obligadas a la conservación y custodia de las fuentes de prueba, a fin de que llegado el momento puedan constituir prueba en el proceso laboral. En este sentido planea el problema de si es posible acudir a las medidas de aseguramiento previstas en el ordenamiento jurídico español. El legislador de la LEC lo regula en los artículos 297 y 298, pero la LJS, en el único precepto que se ocupa de la materia (art. 78 LJS), y pese a que la rúbrica de la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo I del Título I del Libro II es la «Anticipación y aseguramiento de la prueba», tan solo se refiere a la anticipación de la prueba y omite cualquier consideración del aseguramiento de la prueba. Se trata de saber si lo previsto en la LEC sobre el aseguramiento de prueba es de aplicación en el proceso social por ser la LEC de aplicación supletoria (art. 4 LEC y DF 4.<sup>a</sup> LJS)<sup>5</sup> o si, en su caso, corresponde en exclusiva al interesado adoptar las medidas de aseguramiento de las fuentes de prueba digitales.

Se ha creído conveniente reunir en un mismo estudio conjunto la reflexión sobre las dos importantes dudas expuestas por tratarse de actuaciones próximas que tienen lugar en un estadio previo al proceso, y en atención a que la normativa rituarial laboral permite obtener del juez una autorización judicial para la práctica de ambas diligencias con carácter previo a la demanda.

## II.- TUTELA JUDICIAL ANTICIPATORIA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

En el ámbito laboral, la LJS contempla dos mecanismos de tutela judicial anticipatoria que permite a las partes recabar del juez datos o informaciones que se hallan en poder de la parte contraria o de terceros con la finalidad de lograr una adecuada preparación del proceso: una, en fase de diligencias preliminares; y otra, en fase del juicio.

Efectivamente, la LJS regula, como se ha señalado anteriormente, en la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo I del Título I del Libro II que comprende los artículos 76 y 77 LJS, los actos prepa-

---

5 Sobre la supletoriedad de la LEC respecto de la norma procesal laboral, véase un extenso y completo estudio de GIL PLANA, J.: *La prueba en el proceso laboral. Disposiciones generales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 44 y ss.

ratorios y diligencias preliminares. Se trata de actuaciones previas al proceso, anteriores a la demanda, que permiten obtener del juez medidas necesarias para que la prueba pueda practicarse en el juicio. Son diligencias encaminadas a la averiguación y delimitación de los sujetos legitimados o a la facilitación de los integrantes del colectivo, es decir, a llamar o a interrogar al contrario para que preste declaración acerca de algún hecho relativo a la personalidad, capacidad, representación o legitimación de éste, o con igual finalidad aporte algún documento cuyo conocimiento sea necesario para el juicio (art. 76.1 LJS), o a fin de concretar los integrantes del grupo de afectados (art. 76.2 LJS). De igual modo, podrá formularse petición de práctica de otras diligencias y averiguaciones necesarias para preparar el juicio de las previstas en el art. 256 LEC (art. 76.3 LEC)<sup>6</sup>.

Por otra parte, la LJS prevé, en el art. 90.4, la posibilidad de solicitar al juez autorización para acceder a información o hechos de terceros que pueden afectar al derecho a la intimidad o a algún otro derecho fundamental como el secreto de las comunicaciones o la protección de datos personales. Prescribe la referida norma que *«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, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el 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»*. Esta actuación, aunque tiene lugar dentro del proceso, es previa al juicio oral y por tanto, de alguna manera, constituye también una tutela judicial anticipatoria, ya que va encaminada a favorecer la correcta instauración del proceso a través de la obtención de ciertos datos necesarios, que sin el auxilio del órgano judicial, el demandante no podría lograr. Es un segundo cauce de acceso a las fuentes de investigación y al esclarecimiento de los hechos que la parte interesada, solo si accede a ellas, podrá proponer posteriormente como prueba para su incorporación al proceso, a través del medio probatorio que considere más oportuno.

En ambos casos, estamos ante medios de investigación y de acceso a las fuentes de prueba (tutela judicial anticipatoria) que sirven para la preconstitución extraprocésal de la prueba, sin perjuicio de que en el segundo caso ya se haya constituido el proceso principal. En realidad, no se está propiamente ante un acto jurisdiccional, sino más bien ante una decisión judicial de auxilio o de facilitación del proceso<sup>7</sup>.

Estas dos fases de investigación y de acceso a las fuentes de prueba han sido claramente reconocidas por la doctrina constitucional, en la sentencia STC 29/2013, de 11 de febrero, que resuelve sobre la validez de la prueba de la videovigilancia, y dicha doctrina se ve citada por las sentencias de los tribunales superiores de justicia en los conflictos entre nuevas tecnologías y derechos fundamentales de los trabajadores. En ella establece el TC que:

*«(...) Debemos en este punto hacer referencia a las posibilidades de intervención judicial a instancia de cualquiera de las partes que se contemplan en la LRJS (Ley 36/2011,*

6 Vid. BLASCO PELLICER, A.: «Comentario al artículo 76 LJS», AA. VV. (Dir. J. MERCADER): *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Comentada y con jurisprudencia*, Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 530 y ss

7 *Ibidem*, 531.

*de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) en orden a evitar posibles vulneraciones de derechos fundamentales, tanto en la fase de actos preparatorios y diligencias preliminares puesto que «Cuando la realización de la diligencia solicitada pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juzgado o tribunal, de no mediar el consentimiento del afectado, podrá autorizar dicha actuación en la forma y con las garantías establecidas en los apartados 4 a 6 del artículo 90» ( art. 76.4 LRJS), como en la fase del juicio, incluso como prueba anticipada, estableciéndose, en cuanto ahora más directamente afecta, que «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, podrá 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», que «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 resolverá lo necesario para preservar y garantizar adecuada y suficientemente los intereses y derechos que pudieran resultar afectados», así como que «En caso de negativa injustificada de la persona afectada a la realización de las actuaciones acordadas por el órgano jurisdiccional, la parte interesada podrá solicitar la adopción de las medidas que fueran procedentes, pudiendo igualmente valorarse en la sentencia dicha conducta para tener por probados los hechos que se pretendía acreditar a través de la práctica de dichas pruebas, así como a efectos de apreciar temeridad o mala fe procesal» ( art. 90.4, 6 y 7 LRJS)».*

### III.- DILIGENCIAS PRELIMINARES Y ACCESO ANTICIPADO A FUENTES DE PRUEBA DIGITALES

Procede preguntarse, en primer lugar, si sirven las diligencias preliminares para que una parte pueda de forma legítima acceder a datos o información digital, bien para fundar una demanda, o bien para aportar a un proceso pruebas cuando dicha información se halla en poder de la contraparte o de un tercero. Pensemos, de un lado, en la situación del empresario, que en el marco de una investigación, desea analizar en un terminal del trabajador las páginas web, archivos o correos electrónicos corporativos o personales previamente leídos por el trabajador, a fin de obtener la prueba del incumplimiento para adoptar, en su caso, medidas disciplinarias.

Pero pongámonos también, de otro lado, en la situación del trabajador, que desconoce muchas veces los dispositivos utilizados por la empresa para el control y vigilancia del cumplimiento de sus obligaciones laborales, en esa prueba electrónica audiovisual o digital que previsiblemente será aportada al proceso para justificar, por ejemplo, el despido, sin posibi-

lidad de que el trabajador se asegure un conocimiento o control del mismo. La LJS abre el juego a la utilización de los medios electrónicos y soportes, como medio de prueba, pero, ciertamente, la mayoría de las veces la prueba electrónica o tecnológica está a exclusiva disposición de la empresa y el acceso a las misma por parte del trabajador resulta imposible<sup>8</sup>.

### 3.1. Investigación sin injerencia constitucional y sin autorización judicial

En principio, el poder de dirección y control del art. 20.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) faculta al empleador para poder acceder a información que se halle en poder de los dispositivos digitales facilitados por la empresa al empleador, sin necesidad de autorización judicial, siempre que se desarrolle dentro de los límites constitucionales. No necesitará solicitud de autorización judicial si en su consecución no queda afectado algún derecho fundamental. En la obtención de las fuentes de prueba del ordenador o de cualquier otro medio utilizado por el empleador para el control del trabajador, deberá ponderar, en particular, los límites que marcan los arts. 18.1, 3 y 4 de la Constitución, y la legislación orgánica de desarrollo, a mayor concreción, los preceptos del Título X de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDGDD), que inciden directamente sobre el poder de control del empresario, a fin de respetar, en todo caso, los estándares mínimos de protección de la intimidad de la persona del empleado, límites de los que se ha ocupado ampliamente la jurisprudencia<sup>9</sup>. Se recuerda que la propia LOPDGDD permite, en el art. 87.3, la posibilidad de acceso a los contenidos derivados de los usos de los medios digitales facilitados a los trabajadores con finalidad de control y del cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutaria y de garantizar la integridad de dichos dispositivos. El empleador, en legítimo ejercicio de sus facultades de control, puede realizar una investigación informático-forense y recabar las evidencias digitales para acreditar las infracciones laborales y justificar la medida sancionadora, y, en su caso, articular la defensa frente a una posible impugnación del trabajador<sup>10</sup>. Por tanto, no necesita acudir a las diligencias preliminares del art. 76 y art. 90.4 de la LJS para lograr una adecuada preparación de un futuro proceso.

Sin embargo, existe un cierto debate acerca de la necesidad de recabar autorización judicial cuando el empresario pretendiera monitorizar las comunicaciones mantenidas por el trabajador vía e-mail de la empresa accediendo al contenido de los mensajes enviados o recibidos. Dentro de la doctrina laboralista, un sector opina que, ante el tenor taxativo del art. 18.3 CE (se

---

8 SEGALÉS FIDALGO, J.: *La prueba documental en el proceso de trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 88-9.

9 Sobre la amplitud de los poderes de control y la obtención de la prueba por parte del empleador, vid por todas la STS 119/2018, de 8 de febrero.

10 Las SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, y 170/2013, de 7 de octubre, analizan los límites del derecho a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones en el control de los medios informáticos de titularidad empresarial.

garantiza el secreto de las comunicaciones ...salvo resolución judicial) es imprescindible solicitar del juez la pertinente autorización con especificación de la causa motivadora y teniendo presente que, de no ser así, podría incurrir en el tipo del art. 197 del Código Penal<sup>11</sup>. En esta línea se mueve, también, la errática doctrina jurisprudencial penalista. Recuérdese que la Sala de lo Penal del TS, en la sentencia 528/2014, de 16 de junio, llegó a excluir cualquier supuesto de intervención de las comunicaciones que no contemple la intervención de juez, y, si bien empieza a modular sus posiciones en la STS de 23 de octubre de 2018, dando a entender que se autoriza la vigilancia y control cuando existe transparencia (instrucción o advertencia previa en orden a limitar el uso de los dispositivos electrónicos a tareas profesionales), aún hoy sigue reiterando que para que las comunicaciones de los trabajadores interceptadas por el empresario tengan eficacia probatoria en la jurisdicción penal, se necesita recabar, bien el consentimiento del trabajador o, en su caso, la autorización judicial<sup>12</sup>.

De todas formas, no puede desconocerse la posición flexible adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Gran Sala, en la sentencia de 5 de septiembre de 2017, conocida como caso *Barbulescu II*. En ella establece, frente al modelo fuerte de protección del secreto de comunicaciones basado en la autorización judicial, la doctrina de la intervención empresarial bajo determinados principios garantistas de la intimidad del trabajador, admitiendo la injerencia si se supera el test de conformidad *Barbulescu II*<sup>13</sup>, y, en consecuencia, dejando abierta la posibilidad de intromisión empresarial en la correspondencia electrónica del trabajador sin la necesaria autorización judicial.

Con todo, esta doctrina no ha sido asumida plenamente por nuestros tribunales que siguen enrocados, cada cual, en sus posiciones: por un lado, el Tribunal Constitucional y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo validan la prueba de la intromisión en las comunicaciones cuando se observa el requisito de la transparencia y se supera el test de proporcionalidad; mientras, por otro lado, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo considera vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones cuando se accede al ordenador sin el consentimiento o renuncia por parte del trabajador o sin orden judicial y condenando a quien procede de esta manera. Está claro que el debate no puede darse por concluido.

---

11 DELGADO JIMÉNEZ, A.F.: *La privacidad de la persona trabajadora y el control tecnológico de la actividad laboral*, UJA Editorial, Jaén, 2021, pp. 186 y ss.

12 Sobre la evolución interpretativa de la jurisprudencia en las distintas jurisdicciones en la potestad empresarial en la obtención de pruebas, *vid.* ALEJANDRA VARGAS, M.<sup>a</sup>, y AGUSTINA, J.R.: «Obtención de evidencias digitales y privacidad en el correo electrónico en el marco de investigaciones internas», AA. VV.: (Dir. FORTUNY CNEDRA, M.) *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia*, Thomson Reuters/ Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 96 y ss.

13 El test *Barbulescu II* de validez de los registros en las comunicaciones electrónicas de los empleados descansa sobre los siguientes criterios: a) la notificación previa al trabajador de la posibilidad de que su actividad puede ser monitorizada; b) grado de intromisión del empresario (durante cuánto tiempo, a qué archivos se accede y cuántas personas acceden al resultado); c) la existencia de una razón legítima empresarial que justifique la monitorización; d) la inexistencia de otras vías menos invasivas que el acceso directo a la correspondencia; f) la previsión de garantías para el trabajador, como la previa comunicación al trabajador.

### 3.2. Acceso a datos y archivos electrónicos en poder de tercero con autorización expresa del juez (arts. 76.4 y 90.4 LJS)

En el escenario señalado, no disponiendo de garantías suficientes para acceder con seguridad a los dispositivos digitales del trabajador por la incertidumbre generada por el dispar entendimiento de los distintos órdenes jurisdiccionales en torno a los límites legales que se han de observar en el acceso a los dispositivos del trabajador, o en el supuesto de haber omitido los requisitos esenciales de acceso legítimo, cabe preguntarse si sirve el mecanismo de las diligencias preliminares previstas en el art. 76 de al LJS para llevar a cabo la investigación y acceder a las fuentes de prueba digital que se hallan en poder del trabajador y que pueden ser relevantes para el proceso o un futuro proceso. La misma pregunta cabe formular del lado de la persona del trabajador, toda vez que, como se ha avanzado, la mayor parte de la información o datos sean o no electrónicos que presentan incidencia sobre la relación obligatoria, están en poder del empresario y el acceso a los mismos resulta muy difícil sin autorización judicial.

El art. 76 LJS recoge, como ya hemos analizado, algunos supuestos de tutela judicial anticipatoria, pero no contiene un supuesto específico de investigación de datos o hechos electrónicos en los dispositivos digitales con una finalidad preparatoria de demanda judicial. No obstante, es necesario examinar si alguno de los apartados del art. 76 LJS, redactado con gran generalidad, permite una interpretación extensiva y adaptada a la nueva consideración de documento en la jurisprudencia social, o comprensiva de la referida investigación en el hecho electrónico.

El apartado 1 del art. 76 prevé la posibilidad de que las diligencias preliminares se articulen con el objetivo de que aquel contra el que se dirija la demanda, «aporte algún documento cuyo conocimiento sea necesario para el juicio». A priori cabría pensar que dentro de la categoría de «documento», se incluyen aquellos que se encuentren en soportes digitales (documentos electrónicos). Sin embargo, no parece que quepa establecer tal asimilación, porque, aun cuando los términos («con igual finalidad») dan pie a cierta duda, al no saberse exactamente a qué fin se refiere, lo más razonable es interpretar que la referencia a la aportación de algún documento debe entenderse, «en línea con lo que dispone el art. 256.1.1.º LEC, referido a documentos relativos a la capacidad, representación o legitimación de quien vaya a ser demandado»<sup>14</sup>. La finalidad de estas diligencias es la de requerir al futuro demandado para que aclare mediante declaración o exhibición documental, su capacidad, representación o legitimación, y no permitir la búsqueda en los dispositivos digitales de unos datos cuyo conocimiento permita a las partes alegar o desistir de alegar, un hecho.

Por su parte, el apartado 3 del art. 76 de la LJS permite, también, formular la petición de práctica de otras diligencias y averiguaciones necesarias para preparar el juicio, si bien añadiendo que deberán ser «de las previstas en el artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Así las cosas, el inicial alcance ilimitado del precepto se ve recortado de inmediato al referirse exclusivamente a las hasta diez clases distintas de diligencias preliminares previstas en el art. 256 LEC. La práctica de la diligencia preliminar engloba, aquí, una serie de supuestos concretos y tasados, con muy poca aplicación en el ámbito laboral, puesto que se refieren, bien

---

14 BLASCO PELLICER, A.: «Comentario al artículo 76 LJS», AA. VV. (Dir. J. MERCADER): *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social...*, op. cit., p.531.



a exhibición de documentos a los que presta cobertura el art. 77 LJS o bien a materias que, como la tutela de la propiedad industrial o intelectual (art. 256.1.7.º), «difícilmente podrán constituir el objeto de un futuro y eventual proceso laboral»<sup>15</sup>. La única diligencia susceptible de prestar asiento a la averiguación de datos o hechos en el ámbito electrónico sería la prevista en el art. 256.1.2.º LEC, que alude a la «*exhibición por la persona que se pretende demandar de la cosa que tenga en su poder a la que se haya de referir el juicio*». La locución «cosa que tenga en su poder» permite una interpretación comprensiva de cualquier formato electrónico puesto a disposición del empleado, de tal forma que bien podría referirse a las diligencias de comprobación de hechos o datos relevantes para el proceso contenidos en dichos dispositivos electrónicos.

La que adquiere, quizá una mayor relevancia, es la posibilidad prevista en el apartado 4 del art. 76 LJS, que abre el probable cauce para la solicitud de diligencias preliminares cuando «*la diligencia solicitada pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental*», estableciendo que «*el juzgado o tribunal, de no mediar el consentimiento del afectado, podrá autorizar dicha actuación en la forma y con las garantías establecidas en los apartados 4 a 6 del artículo 90*». A tenor de la doctrina constitucional anteriormente expuesta (STC 29/2013), este precepto habilitaría una posibilidad, no recogida en la LEC, de solicitar al juez laboral autorización para poder acceder a información o datos en poder de otro, que puedan afectar al derecho a la intimidad o a cualquier otro derecho fundamental, con finalidad probatoria. Conviene recordar que el reseñado artículo 90 de la LJS, al cual se remite el art. 76 de la LJS, prevé que «*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, podrá 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*». Nótese que en este artículo el legislador incorpora la posibilidad de practicar diligencias y averiguaciones de datos que pueden «*afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental*», lo que configuraría un supuesto de medida cautelar que consistiría en la posibilidad de pedir y obtener autorización judicial de acceso o investigación de hechos que se hallan en poder de otro, cuando ello suponga una injerencia en la intimidad o privacidad de dicha persona.

Asimismo, es importante subrayar que el art. 90.4 LJS, al regular las actuaciones que pone a disposición de los interesados y que podrán solicitarlas o no, a su conveniencia, y que, podrán ser llevadas a cabo o no, según decisión del órgano judicial, se expresa con enorme amplitud, permitiendo que quien pretenda demandar, solicite de la contraparte que se practiquen diligencias oportunas en orden al «*acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte*». Ello supone la posibilidad no solo de acceder a la información que se halle en poder de la contraparte y de pedir que exhiba el documento o el archivo en el que se encuentre, sino la de intervenir y llevar a cabo, consecuentemente, una investigación informático-forense de dispositivos electrónicos de la contraparte al objeto de la obtención de datos que le permitan alegar o desistir de alegar un hecho.

---

15 GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 224.

Debe advertirse, además, que la posibilidad de solicitud de acceso a documentos y archivos queda condicionada a «*que no existan medios de prueba alternativos*», por lo que la finalidad pretendida por la diligencia preliminar no parece ser solo la de obtener información para fundamentar una demanda, sino la de obtener una fuente de prueba, que se halla en poder de la adversa y a la que no podría acceder el interesado sin el auxilio judicial.

Con esta regulación, la LJS vendría a establecer la posibilidad no recogida en la LEC de solicitar al juez autorización para poder acceder a datos y elementos fácticos en dispositivos electrónicos para que una parte pueda fundar la demanda cuando dicha información se halla en poder de la contraparte y afecta a derechos fundamentales protegidos por la CE. No es descartable, por tanto, que, a través de la misma, pueda llevarse a cabo una investigación informático-forense en el dispositivo electrónico de la contraparte.

Por otra parte, hemos de recordar que el art. 90.4 LJS ha ampliado la posibilidad que contempla el art. 76.4 LJS estableciendo un segundo cauce para la investigación de informaciones en sede ya de proceso, permitiendo también solicitar el auxilio judicial una vez iniciado el proceso. Existe, por tanto, como ha quedado señalado por la STC 29/2013, un doble mecanismo o cauce procesal de acceso asistido a las fuentes de prueba que se hallan en poder de la adversa o de terceros, que permitirían la averiguación de datos o hechos en el ámbito electrónico, a través incluso de la intervención de expertos en informática-forense.

### 3.2.1. Tramitación de la solicitud

El procedimiento para la solicitud y práctica de estas diligencias preliminares adolece de contenido adecuado en la LJS, dadas las escasas referencias al mismo, de manera que se hace necesario estar a lo dispuesto en la LEC (art. 256 y ss), al ser de aplicación supletoria.

El procedimiento se iniciaría con la solicitud de diligencias preliminares, expresando las causas o razones que motivan la petición con referencia circunstanciada a hechos o datos contenidos en el tipo de soporte que se halle en poder de terceras personas y que formen parte de la esfera privada de las mismas, y cuyo conocimiento permita al interesado obtener datos para la preparación de un futuro juicio.

La solicitud se presentará ante el órgano judicial competente (art. 257 LEC), que, al decir del Magistrado GUILLÉN OLCINA<sup>16</sup>, será el del domicilio de la persona que en su caso, hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaran para preparar el juicio, aunque la futura demanda se habrá de presentar ante el órgano jurisdiccional que hubiere de conocer en instancia.

En cuanto a los sujetos implicados, el único sujeto que podrá pedir será el que pretende incoar el proceso o el futuro demandante. Esto complica las posibilidades de petición anticipada de solicitud de diligencias por parte de la empresa, cuando necesita acceder a información que se halle en el ordenador o dispositivo digital del empleado y no puede acordarlo por sí mismo por no haber observado los requisitos legales (política de uso, información previa,

---

16 GUILLÉN OLCINA, J.J.: «Actos preparatorios. Anticipación de la prueba y su aseguramiento. Medidas cautelares», AA. VV. *La prueba en el proceso laboral*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 67.

etc.) de acceso legítimo al dispositivo digital del empleador. La empresa como presumible demandada deberá esperar a que se inicie el proceso para solicitar el auxilio judicial porque una vez iniciado el proceso, podrá pedirlo indistintamente cualquiera de las partes, salvo que se interprete que el apartado 4 del art. 76 LJS se desvincula de los apartados precedentes y se considere como una medida de naturaleza distinta, o diligencia de autorización judicial que se pueda obtener cuando el acceso afectare a derechos fundamentales, y no como un acto preparatorio de juicio.

Si el juez aprecia la concurrencia de la justa causa, interés legítimo y su adecuación a la diligencia solicitada, dictará resolución aceptando la pretensión. Si no encuentra justificada la petición, la rechazará. En cualquier caso, la resolución deberá dictarse en el plazo de cinco días y habrá de estar fundamentada jurídicamente.

Contra la resolución denegando la petición no cabrá recurso alguno (art. 76.6 LJS), sin perjuicio de la posibilidad de introducir protesta en el acto de juicio y de interponer en su día el recurso contra la sentencia que se dicte.

De acceder a la petición, la persona requerida para cumplimentar lo acordado en la diligencia preliminar podrá oponerse a ella, en el plazo de cinco días siguientes a su notificación. En tal caso se citará a las partes para una vista por vía incidental. Celebrada la vista, el juez resolverá mediante auto, considerando la oposición justificada o injustificada, sin que contra la misma quepa recurso alguno (art. 260.4 LEC).

### 3.2.2. Cautelas en la práctica de la diligencia preliminar

Esta diligencia, en la medida que autoriza la posibilidad de acceder a datos o información de la contraparte que pudieran afectar a la intimidad u otro derecho fundamental, obliga al juez a adoptar las garantías establecidas en los apartados 4 a 6 del art. 90 de la LJS. Esto es, de conformidad con lo expuesto en los indicados apartados, el juez deberá tomar su decisión tras adoptar las siguientes cautelas: primero, comprobar que no existe posibilidad de medios de prueba alternativos; y, segundo, en caso de no haber posibilidad alguna, ponderar los intereses en presencia, mediante el juicio de proporcionalidad, comprobando si el acceso está justificado, resulta idóneo y necesario al fin pretendido, y si resulta ponderado y equilibrado.

La resolución que dicte deberá determinar las condiciones de acceso al soporte donde se encuentre la prueba, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos o peritos en su caso<sup>17</sup>. Si, como consecuencia de las diligencias practicadas, 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, el juez resolverá lo necesario para preservar y garantizar adecuada y suficientemente los intereses y derechos que pudieran resultar afectados (art. 90.6 LJS).

---

17 Vid. ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P.: «Comentario al artículo 90 LJS», AA. VV. (Dir. J. MERCADER): *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ...*, op. cit. p. 647; BLASCO PELLICER, A.: «Comentario al artículo 76 LJS», AA. VV. (Dir. J. MERCADER): *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ...*, op. cit. p. 535.

### 3.2.3. Consecuencias de la negativa a facilitar el acceso

La persona requerida a llevar a cabo las diligencias preliminares acordadas judicialmente está obligada a colaborar con la administración de la justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118 CE y art. 75.2 LJS<sup>18</sup>. Sobre el deber de colaboración, el Tribunal Constitucional tiene declarado, en la sentencia 7/1994, de 17 de enero, que «*cuando las fuentes de la prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, pueda repercutir en perjuicio de la contraparte*».

Consecuentemente, la negativa de la persona requerida a realizar las diligencias acordadas llevará aparejada ciertas consecuencias adversas, señaladamente las previstas en el apartado 7 del art. 90 LJS, sin perjuicio de lo dispuesto en otros preceptos de la LEC y LJS. En tales supuestos, se faculta a la parte interesada a solicitar del juez la adopción de las medidas que pudieran ser procedentes. Entre otras medidas, se considera que podrá proponer soluciones alternativas<sup>19</sup>. Asimismo, podrá pedir *la ficta confessio* consistente en que el juez tenga por probados los hechos que se pretendía acreditar a través de dichas pruebas (art. 90.7 LJS), lo que se aplicará tomando en consideración las restantes pruebas.

Por otra parte, en caso de negarse la parte a la exhibición de una cosa, el interesado podrá solicitar la entrada y registro del lugar, procediendo el juez, si aprecia la existencia de indicios suficientes de que puede hallarse en un lugar determinado, a ocuparlo y ponerlo a disposición del solicitante en la sede del Tribunal (art. 261.2.<sup>a</sup> LEC)<sup>20</sup>. La negativa injustificada podría dar lugar, incluso, a la imposición de sanción por temeridad o multa procesal (art. 97.3 LJS).

## IV.- ASEGURAMIENTO DE LAS FUENTES DE PRUEBA DIGITAL

Obtenidas las fuentes de prueba o evidencias digitales, bien por propia cuenta o bien con colaboración de alguna parte que en su día pueda ser demandada o con auxilio judicial, otro asunto de primordial importancia es el aseguramiento de las mismas. Un asunto de distinta

---

18 Art. 75.2 LJS: «*Quienes no sean parte en el proceso deben cumplir las obligaciones que les impongan los jueces y tribunales ordenadas a garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes y a asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales*».

19 ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P.: «Comentario al artículo 90 LJS», AA. VV. (Dir. J. MERCADER): *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ...*, op. cit., p. 647.

20 Art. 261.2.<sup>a</sup> LEC: «*Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciar que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal*». GUILLÉN OLCINA, J.J.: «Actos preparatorios. Anticipación de la prueba y su aseguramiento. Medidas cautelares», AA. VV. *La prueba en el proceso laboral ...*, op. cit. p. 68.

naturaleza al del acceso asistido a hechos o datos en poder de terceros, pero muy próximo al mismo, por ser también una actividad en gran parte ajena a la actividad procesal, y en la que se precisa también del auxilio judicial.

#### 4.1. Los riesgos de manipulación, deterioro y pérdida de hechos electrónicos y aseguramiento de la prueba en el orden jurisdiccional social.

Tratándose de evidencias informáticas, es imprescindible adoptar las debidas precauciones de conservación debido a que es materia probatoria susceptible de ser alterada con suma facilidad. En efecto, la prueba sobre el hecho electrónico está expuesto a riesgos de eliminación, deterioro, manipulación de hechos electrónicos e incluso de los propios soportes o dispositivos electrónicos, por lo que se hace necesario acudir a las medidas de aseguramiento para garantizar la autenticidad e indemnidad del hecho electrónico y la fuente de la que emana<sup>21</sup>. Cualquier manipulación de la evidencia informática o alteración en la preservación afecta a la fiabilidad de la prueba. En este sentido, ha advertido la STS (Penal) n.º 308/2013, de 26 de marzo, que «cuando se comprueban deficiencias en la secuencia que despiertan dudas fundadas, habrá que prescindir de esa fuente, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía convierta en nula la prueba, sino porque su autenticidad queda cuestionada, no está asegurada». Por consiguiente, es fundamental garantizar la indemnidad de las evidencias desde que se recogen durante la investigación hasta que lleguen a concretarse como pruebas en el momento del juicio, a fin de poder ser introducidas en el proceso con todas las garantías de autenticidad e integridad.

En el proceso social, las medidas de conservación de las fuentes de prueba se hallan reguladas de forma confusa y deficiente en la LJS. Están contempladas sin nombrarlas en el art. 78.2 LJS<sup>22</sup>, bajo la rúbrica de «Causas y normas aplicables a la anticipación de la prueba». Dicho precepto, al regular la anticipación de la prueba, hace referencia a los artículos 293 a 297 de la LEC y, dado que los dos artículos últimos (arts. 296-297 LEC) se ocupan de regular el aseguramiento y no se refieren a la anticipación de la prueba, se interpreta que el precepto da cobertura a las medidas de aseguramiento en el proceso social. En realidad, solo haciendo semejante cábala se puede llegar a tal conclusión. No obstante, es comúnmente admitida por la doctrina jurisprudencial que el referido art. 78.2 LJS ofrece cauce para garantizar el aseguramiento de las fuentes de pruebas.

---

21 PUIG FURA, S.: *La prueba pericial informática en el procedimiento civil*, op. cit., p. 225.

22 Art. 87 Causas y normas aplicables a la anticipación de la prueba (...)

2. Cualquiera de las partes una vez iniciado el proceso, pero en todo caso sin dar lugar a suspensión del acto de juicio, podrá 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. El juez o tribunal decidirá 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 los artículos 293 a 297 y apartado 1 del artículo 298 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Contra la resolución denegatoria no cabrá recurso alguno, sin perjuicio del que, por este motivo, pueda interponerse en su día contra la sentencia.

El aseguramiento se concibe, en el art. 297.1 de la LEC, como la posibilidad de solicitar la adopción de aquellas «medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales que puedan destruir o alterar objetos materiales o estado de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla». Esta normativa acogería la posibilidad de garantizar la preservación y aseguramiento, a los efectos que aquí interesa, de aquellas evidencias informáticas que pueden con posterioridad constituir prueba en el proceso. No obstante, adolece la normativa del contenido adecuado para permitir solicitar y obtener las estrictas medidas de aseguramiento necesarias para garantizar la indemnidad de las evidencias.

## 4.1. Solicitud de medidas de aseguramiento de la prueba:

### 4.1.1. Sujetos legitimados y momentos

En el proceso civil, las medidas de aseguramiento se pueden pedir, bien antes de la iniciación de cualquier proceso, o bien durante el proceso. Ahora bien, no cualquiera de las partes puede solicitar la preservación de aquellas evidencias informáticas que pueden con posterioridad constituir prueba en el proceso. En el primer supuesto, el único sujeto legitimado es «el que pretenda incoar» el proceso, o futuro demandante, mientras que en el segundo caso, cuando se ha incoado el proceso, la facultad de formular petición se reconoce a «cualquiera de los litigantes».

Respecto del momento en que puede solicitarse el aseguramiento, se albergan dudas sobre si debe solicitarse antes de la demanda, o solo durante el proceso, porque el art. 78.2 LJS comienza indicando que «Cualquiera de las partes una vez iniciado el proceso, pero en todo caso sin dar lugar a suspensión del acto de juicio, podrá solicitar la práctica anticipada de...». Ciertamente el sector de la doctrina infiere de ello que el art. 78.2 LJS ha restringido las posibilidades de solicitud al momento posterior a la demanda; o, dicho de otra manera, que las medidas de aseguramiento las puede solicitar cualquiera de las partes, pero una vez iniciado el proceso<sup>23</sup>. Esto evidentemente tiene poco sentido desde el punto de vista del carácter instrumental de la medida de aseguramiento que trata de atender adecuadamente a la integridad de las evidencias, pues los riesgos están presentes tanto durante el proceso como antes de la incoación.

Entiendo, no obstante, que el art. 78.2 solo se está refiriendo a la «prueba anticipada», y que guarda completo silencio sobre las especialidades del aseguramiento. Respecto del aseguramiento lo único que hace es una implícita remisión genérica a la LEC. No hay razón para entender que la posibilidad de solicitud se ciña solo al momento ulterior a la incoación del proceso. Al contrario, dada su remisión genérica al art. 297.1 LEC, y tal como prevé el mismo («Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento...»), debe entenderse que es posible solicitar también en el momento previo al inicio del proceso<sup>24</sup>. Aquí lo único que se pone de manifiesto es una evidente deficiencia de regulación.

---

23 GUILLÉN OLCINA, J.J.: «Actos preparatorios. Anticipación de la prueba y su aseguramiento. Medidas cautelares», AA. VV. *La prueba en el proceso laboral ... op. cit.*, p. 72.

24 En tal sentido, BLASCO PELLICER, A.: «Comentario al artículo 76 LJS», AA. VV. (Dir. J. MERCADER): *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ... op. cit.* p. 547, tampoco parece limitar la posibilidad de aseguramiento a un momento ulterior a la interposición de la demanda.

#### 4.1.2. Procedimiento

Así las cosas, y manteniendo la tesis de que la remisión genérica a la LEC permite la adopción de tales medidas en fase previa a la demanda, procede hacer una referencia a los requisitos que exige la LEC para que puedan acordarse por el juez las medidas de aseguramiento solicitadas. Es preciso anotar que no se trata de anticipación de la prueba sino tan solo de asegurar, con las medidas útiles para ello, que la prueba pueda practicarse en su día.

La adopción de la medida de aseguramiento se condiciona al cumplimiento de tres requisitos; a saber: justificación, pertinencia y proporcionalidad.

Ante todo, han de concurrir razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba (art. 298.1 2.º LEC). En el ámbito de las evidencias digitales, las razones se relacionarán con los riesgos existentes de desaparición, manipulación de los hechos electrónicos derivados de los dispositivos electrónicos. En particular, es evidente la necesidad de adopción de tales medidas respecto de los contenidos de las páginas Web o de redes sociales, que pueden ser eliminados en cualquier momento.

En segundo lugar, es preciso que la prueba que se pretende asegurar sea, al tiempo de proponer su aseguramiento, posible, pertinente y útil (art. 298.1.1.ª LEC). Sobre el interesado recae la complicada carga de convencer al juez sobre la utilidad y la pertinencia de la prueba sin haberse incoado aún el proceso y sin conocer el objeto cierto del proceso<sup>25</sup>.

Por último, se requiere que la medida de aseguramiento que se propone, u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal, pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros (art. 298.1.3.º LEC).

La LEC prevé, en el art. 298. 3, la sustitución de la medida de aseguramiento por la de caución. De modo que, el juez podrá acordar, mediante providencia, en lugar de la medida de aseguramiento, la aceptación del ofrecimiento que haga la persona que habría de soportar la medida de prestar, en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del art. 64, caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda. Sin embargo, en el caso de las evidencias digitales, esto no parece tener mucha lógica, toda vez que la caución difícilmente podrá sustituir a la medida de aseguramiento que trata de conseguir el evitar la destrucción o alteración de los objetos materiales o estado de cosas<sup>26</sup>. También, se establece que el juez, antes de tomar su decisión, deberá tomar en consideración y podrá aceptar el eventual ofrecimiento que el solicitante de la medida haga de prestar garantía de los daños y perjuicios que la medida pueda irrogar (art. 298.2 LEC). Tampoco se ve que sea una vía adecuada para garantizar la prueba del hecho electrónico o las fuentes de donde deriva.

---

25 ALBA CLADERA, F.: «Anticipación y aseguramiento de la prueba», en LÓPEZ SIMÓ, Fr. y ALBA CLADERA, F.: *Disposiciones generales sobre la prueba en el proceso civil. Estudio breve de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 167, nota a pie de página 296.

26 *Ibidem*, p. 168.

El órgano judicial acordará la medida, mediante providencia, previa audiencia de la persona que haya de soportar la medida de aseguramiento. No obstante, se prevé que, pueda adoptarse *inaudita parte*, cuando «sea probable que el retraso derivado de la audiencia previa ocasione daños irreparables al derecho del solicitante de la medida o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o se imposibilite de otro modo su práctica si así se solicita» (art. 298.5 LEC). En el ámbito de las evidencias informáticas, tiene pleno sentido que las medidas de aseguramiento se acuerden *inaudita parte* dado el riesgo existente a que se destruyan o se alteren las pruebas antes del inicio del proceso si se pone en conocimiento de la contraparte. La providencia precisará, separadamente, los requisitos que la han exigido y las razones que han conducido a acordarla sin audiencia del demandado o de quien vaya a ser demandado. Esta providencia es irrecurrible y será notificada a las partes y a quien hubiera de soportarla sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas (art. 298.5 LEC). No obstante, si la medida de aseguramiento se hubiera adoptado sin audiencia previa, quien fuera a ser demandado o ya lo hubiera sido o quien hubiera de soportarla podrán formular oposición en el plazo de veinte días, desde la notificación de la providencia que la acordó (art. 298.6 LEC).

Las medidas deben acordarse en un tiempo muy breve, sin dar lugar a la suspensión del acto del juicio. Si el solicitante no presenta su demanda en el plazo de veinte días siguientes a la fecha de la efectiva adopción de las medidas de aseguramiento acordadas, las medidas de aseguramiento de la prueba que se hubiesen acordado antes del inicio del proceso, quedarán sin efecto y el órgano judicial «acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas» (art. 297.4 LEC).

#### 4.1.3. Medidas de aseguramiento

La Ley no precisa las medidas de aseguramiento que se pueden adoptar, señalando únicamente, en el art. 297.2 LEC, que consistirán «en las disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características. Para los fines de aseguramiento de la prueba, podrán también dirigirse mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad». Se reconoce, así, un gran margen de discrecionalidad al interesado para pedir y al órgano jurisdiccional para adoptar las medidas que se consideren más oportunas<sup>27</sup>. Lo expuesto por la norma se reconduce a tres tipos: 1) medidas de preservación de las cosas o situaciones, 2) medidas para hacer constar la realidad de las cosas o situaciones; 3) medidas para requerir a la contraparte ciertos mandatos de hacer o no hacer. Todo ello sin perjuicio de la potestad reconocida en el art. 298.1.3.º LEC de adoptar «otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal», si puede «reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros».

---

27 COLMENERO GUERRA, J.A.: «Conceptos generales», AA. VV. (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.<sup>a</sup> I. y ROMEROS PRADAS, M.<sup>a</sup> I. ) *La prueba (Tomo IV): La prueba en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 104.



Por lo que a la prueba electrónica se refiere, las medidas dirigidas a asegurar la práctica de una futura prueba deben ser adaptadas a las características que presenta la información digital. En este sentido, ABEL ha realizado un esfuerzo imaginativo de las posibles medidas técnicas que cabe adoptar para el aseguramiento del hecho electrónico o las fuentes de donde deriva la misma, enumerando las siguientes: 1) la preservación de los sistemas originales (mantenimiento de los recursos electrónicos del ordenador con el que han sido creados los documentos electrónicos); 2) la emulación; 3) la migración, consistente en convertir la información a los nuevos formatos, si bien con el riesgo de que se produzcan modificaciones en los datos informáticos; 4) el replicado (realización automática de copias de seguridad y almacenamiento en un lugar seguro) y rejuvenecimiento (trasferencia de los datos almacenados a nuevos soportes de almacenamiento); 5) copias de seguridad para proteger la información de infortunios como el apagón, el extravío o la sustracción de equipos informáticos; 6) arqueología digital, o la recuperación de la información a partir de fuentes de datos dañadas, fragmentadas o arcaicas<sup>28</sup>.

Se trata de supuestos de aseguramiento a partir de los cuales se puede obtener información sobre la que pueda fundar una demanda cuando dicha información se halla en poder de tercero o de la contraparte. Ahora bien, debe anotarse que no todas las técnicas señaladas sirven a los fines de garantizar la autenticidad e integridad del hecho electrónico y, por tanto, para ser valoradas por el tribunal de forma adecuada. A tal efecto, es esencial que la evidencia guarde una regularidad y no presente deficiencias en el manejo, esto es, que la evidencia digital mantenga la indemnidad. Hace falta que desde que se recoge hasta que llega a concretarse como prueba en el momento del juicio, no sufra una alteración alguna. Para lo cual resulta necesario que, tanto en la extracción de la evidencia, como en su mantenimiento durante todo el ciclo vital de la prueba, se utilice algún protocolo de preservación de la cadena de custodia.

## V.- CONCLUSIONES

El art. 76 LJS apartados 3 y 4 ha dejado abierta la posibilidad de formular petición de práctica de otras diligencias y averiguaciones necesarias para preparar el juicio, conforme a las medidas previstas en el art. 256 de LEC, cuyo párrafo 2.º alude a la exhibición de cualquier cosa que tenga en su poder. Añadiendo que cuando la solicitud pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juzgado o tribunal, de no mediar consentimiento, podrá autorizar dicha actuación en la forma y garantías establecidas en los apartados 4 a 6 del artículo 90 LJS. De lo anterior cabe deducir, el interés del legislador en facilitar el acceso previo a documentos o fuentes probatoria, que se hallan en poder de la parte contraria y sobre los que el demandante pretende sustanciar su reclamación. Ciertamente no se contiene una referencia explícita a la averiguación de los hechos electrónicos derivados de los dispositivos electrónicos, pero parece evidente que la LJS emplea una definición tan amplia del tipo de diligencia preliminar, que cabría integrar la averiguación de datos o hechos electrónicos. No resulta inadecuado, por tanto, que se pueda recurrir a este trámite de adopción de diligencias preliminares para obtener conocimiento, incluso con anterioridad a la demanda, de los hechos electrónicos, que se encuentran en poder del empresario.

---

28 ABEL LLUCH, X. PICO I JUNOY, J.: *La prueba electrónica. Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, Bosch Editor, 2011, pp. 146-147.

Por otra parte, con una finalidad distinta a las medidas anteriormente indicadas, el art. 78.2 LJS regula implícitamente las medidas de aseguramiento que tienen por objeto evitar la pérdida o destrucción de aquello que constituirá prueba en el proceso. La ley rituarial laboral es particularmente confusa y deficiente en este punto, porque la posibilidad de aseguramiento es algo que no está expresado explícitamente, sino que se sobreentiende. Entiendo, no obstante que, la alusión en la rúbrica del artículo 78 LJS a las medidas de aseguramiento y la remisión a los art. 293 a 297 de la LEC, permiten considerar que se abre también un camino para que cualquier persona que pretenda demandar pueda pedir del órgano jurisdiccional social la adopción de medidas de aseguramiento para «evitar que por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla» (art. 297.1 LEC).

## VI. BIBLIOGRAFÍA

**ABEL LLUCH, X. y PICO I JUNOY, J.:** *La prueba electrónica. Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, Bosch Editor, 2011.

**ALBA CLADERA, F.:** «Anticipación y aseguramiento de la prueba», en LÓPEZ SIMÓ, FR. y ALBA CLADERA, F.: *Disposiciones generales sobre la prueba en el proceso civil. Estudio breve de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 149-172.

**ALEJANDRA VARGAS, M.<sup>a</sup> y AGUSTINA, J.R.:** «Obtención de evidencias digitales y privacidad en el correo electrónico en el marco de investigaciones internas», AA. VV.: (Dir. FORTUNY CENDRA, M.) *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia*, Thomson Reuters/ Aranzadi, Cizur menor, 2021, pp. 95-137.

**ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P.:** «Comentario al artículo 90 LJS», AA. VV. (Dir. J. MERCADER): *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Comentada y con jurisprudencia*, Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

**BLASCO PELLICER, A.:** «Comentario al artículo 76 LJS», AA. VV. (Dir. J. MERCADER): *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Comentada y con jurisprudencia*, Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

**COLMENERO GUERRA, J.A.:** «Conceptos generales», AA. VV. (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.<sup>a</sup> I. y ROMEROS PRADAS, M.<sup>a</sup> I.) *La prueba (Tomo IV): La prueba en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

**DELGADO JIMÉNEZ, A.F.:** *La privacidad de la persona trabajadora y el control tecnológico de la actividad laboral*, UJA Editorial, Jaén, 2021.

**DELGADO MARTÍN, J.:** *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2.<sup>a</sup> edic. La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

**GARBERÍ LLOBREGAT, J.:** *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

**GIL PLANA, J.:** *La prueba en el proceso laboral. Disposiciones generales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

**GUILLÉN OLCINA, J.J.:** «Actos preparatorios. Anticipación de la prueba y su aseguramiento. Medidas cautelares», AA. VV. *La prueba en el proceso laboral*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

**MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.<sup>a</sup>; SEMPERE NAVARRO, A.V.; CAVAS MARTÍNEZ, F.; LUJÁN ALCARAZ, J.:** *Curso de procedimiento laboral*, Tecnos, Madrid, 10.<sup>a</sup> ed., 2014.

**PUIG FURA, S.:** *La prueba pericial informática en el procedimiento civil*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2015.

**SEGALÉS FIDALGO, J.:** *La prueba documental en el proceso de trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2002.

