



LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

EVIDENCE IN THE LABOR PROCESS

PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ¹

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Sumario: 1. Introducción. 1.1. Necesidad de prueba. 1.2. Carga de la prueba: Norma general y especialidades del proceso laboral, horas extraordinarias, despido, derechos fundamentales, reingreso tras excedencia, procedimiento de oficio y accidente de trabajo. 2. La prueba en la instancia 2.1. Antes del juicio. Actos preparatorios y anticipación de prueba. 2.2. La prueba en el juicio: Proposición. Antes del juicio y en el mismo acto, admisión y denegación de la prueba. Práctica. Medios de prueba. 2.3. Diligencias finales. 2.4. Valoración de la prueba. Su reflejo en la sentencia 3. La prueba y los recursos: 3.1. Aportación de documentos en recurso. 3.2. Alteración de los hechos probados en la resolución recurrida. Suplicación y casación.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Necesidad de prueba

Como reflejo del respeto a la autonomía de la voluntad y debido a la naturaleza esencialmente privada de los derechos subjetivos que se ejercitan en el

¹ Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Ha sido juez y magistrado en diversos Juzgados y Tribunales en ciudades como Olivenza, Cádiz y Badajoz. Profesor Asociado de la Universidad de Extremadura y de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Badajoz. Especializado en Derecho laboral, es autor de diversas publicaciones sobre esta materia y ha impartido múltiples cursos y conferencias sobre la misma.

proceso laboral, en éste, como en el civil, rigen los principios dispositivos y de aportación de parte².

El estudio de la prueba comporta el examen de tres grandes apartados, qué hay que probar, o lo que es lo mismo objeto de la prueba, quién tiene que probar o teoría de la carga de la prueba y, cómo ha de probarse o estudio de los medios de prueba.

Sobre el objeto de la prueba, basta aquí decir que son los hechos y que no lo son, por regla general, las normas jurídicas, aunque en ocasiones ha de probarse algo distinto a los hechos, como sucede con el derecho extranjero, con la costumbre e incluso, como veremos, con algunos convenios colectivos.

1.2. La carga de la prueba

Norma general. La necesidad de probar no es una obligación, es una carga, lo que quiere decir que hay que determinar quién haya de sufrir las consecuencias de que un hecho no quede probado.

En el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se regula la carga de la prueba, recogiendo la doctrina y la jurisprudencia recaída en la anterior regulación al respecto³.

Reglas especiales en el proceso laboral. En el proceso laboral, concurren

2 Del primero de tales principios, el dispositivo, se deriva, entre otras consecuencias, que el demandante es quien determina el objeto del proceso. Del principio de aportación de parte, se desprende que las partes son las que deben aducir en el proceso los hechos que les interesen, determinar cuáles son controvertidos, ya que pueden admitir los aducidos por la otra parte, en cuyo caso tales hechos no necesitan ser probados, debiendo partir de ellos el juzgador y, en fin, que son las partes las que deben probar los hechos que resultan controvertidos; es decir, se les atribuye la carga de probarlos porque son ellas las que deben pedir el recibimiento a prueba, proponiendo los medios que se hayan de practicar y, por eso, por regla general, la parte que haya afirmado unos hechos que, por no admitidos, sean controvertidos, y no haya logrado probarlos, debe sufrir las consecuencias que se deriven de esa falta de prueba, ya que el juzgador no podrá tener en cuenta esos hechos no probados al dictar la correspondiente resolución.

3 Se dice en los números 1 a 3 del precepto:

“1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”.

una serie de circunstancias que obligan a matizar lo expuesto sobre la carga de la prueba. En él, la perfecta igualdad de las partes no existe pues la capacidad económica del empresario es, por regla general, superior a la del trabajador. Por otra parte, el contacto del empresario con los hechos le facilita la prueba de determinados asertos, cuya acreditación resultaría extraordinariamente difícil para el trabajador.

Por ello, dado que las normas sobre la carga de la prueba tienen un carácter subsidiario para cuando hay falta de prueba y el principio de buena fe que ha de darse en la relación procesal, la doctrina jurisprudencial matizó el principio en el sentido de imponer la carga de probar en razón a la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba.

Esta doctrina se ha acogido con carácter general en el nº 6 del art. 217 LEC, al establecer que “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

Pero, también se establece en el nº 5 del mismo precepto que “las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes”.

Vamos a ver algunos de los supuestos en que, por aplicación de una u otra previsión, se alteran en el proceso laboral las normas generales sobre la carga de la prueba; unos están establecidos en la propia LRJS y otros se determinan por la jurisprudencia:

1.- Horas extraordinarias. En aplicación de los principios generales, la jurisprudencia ha sentado que la carga de la prueba sobre la realización de horas extraordinarias corresponde al trabajador, y que las mismas han de acreditarse “día a día y hora a hora”; sin embargo, se está consolidando últimamente la doctrina en virtud de la cual, aplicando el principio de la proximidad a las fuentes de la prueba, esa necesidad de probar la realización día a día y hora a hora, cede ante la demostración de la realización de una jornada habitual superior a la ordinaria, dado que, cuando se realizan horas extras, y probado que se realizan, el empresario está obligado (art. 35 ET) a llevar registro de las horas día a día, totalizándose semanalmente el cómputo ⁴.

4 Por todas STS de 22 de julio de 2014, rec. 2129/2013, y del TSJ de Extremadura de 9 de marzo

2.- Despido. En primer lugar, aunque ello puede decirse respecto a toda reclamación derivada del contrato de trabajo, ha de acreditarse que entre las partes existe una relación laboral si se niega su existencia y, al respecto, establece el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores que "se presumirá existente (el contrato de trabajo) entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución.". Pero ese precepto no dispensa de prueba. Impone una calificación cuando concurren determinados datos que han de ser probados. Por tanto, el actor debe acreditar la prestación de servicios con los requisitos que prevé el precepto y la existencia de retribución y, conseguido este propósito, la relación, salvo prueba en contrario, se presume existente y de naturaleza laboral (STS de 25 de marzo de 1991 y TSJEx de 15 de abril de 2011).

Respecto al hecho del despido, entendido como rotura del contrato por voluntad del empresario, es un tema que puede plantear problemas en los supuestos de despido verbal y tácito cuando el empresario niega la existencia del acto y tal hecho haya de ser determinante de la decisión judicial, supuestos en los que, según criterio jurisprudencial constante, es al trabajador al que le incumbe la carga de acreditar el hecho del despido que, no obstante, puede deducirse de diversas circunstancias, como baja en la Seguridad Social, cierre de la empresa y falta de pago del salario, etc (STS 19 de diciembre de 2011, rec. 882/2011 y TSJEx de 28 de octubre de 2013).

En cuanto a la imputación que haya hecho el empresario para despedir, superada ya la doctrina que aplicaba al despido el principio de la presunción de inocencia (STC 30/1992, de 18 marzo y STS de 25 de enero de 1999), dispone el artículo 105.1 LRJS que al demandado le corresponderá la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo, principio que se deriva igualmente de la aplicación de las reglas generales sobre la carga de la prueba⁵.

de 2005, 4 de noviembre de 2008 y 19 de septiembre de 2013.

5 Respecto al salario regulador de las consecuencias de la declaración de improcedencia o nulidad del despido, sentado que es aquel que el trabajador venía percibiendo en el momento del despido, también se ha abandonado la doctrina que impedía la discusión sobre el que el trabajador tenía derecho a percibir por entender que era una acumulación indebida de acciones, permitiéndose ya, por tanto, esa discusión y la prueba correspondiente (SSTS 12 de julio de 2006 y 19 de octubre de 2007), debiéndose concluir que el salario será aquel que el trabajador percibía, siempre que fuera igual o superior al salario mínimo interprofesional o, en su caso, al convenio colectivo de aplicación y que al trabajador corresponde probar, además de la existencia del convenio en los casos que enseña veremos, ese salario superior a las normas de aplicación, cuando alegue que lo percibía y lo niegue el empresario.

3.- Tutela de derechos fundamentales. Recogiendo jurisprudencia constitucional, primero el art. 96.1 LRJS establece que “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” y, en el mismo sentido el art. 181.2, dentro de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, establece que “En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Pero el mismo Tribunal Constitucional (STC 101/2000, de 14/abril) ha declarado que los «indicios» de que habla el referido precepto no son identificables con la mera «sospecha» sino que «son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto», por lo que la misma doctrina habla de «razonables indicios» o de «mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia»⁶

4.- Impugnación de convenios colectivos. El problema básico en estos procesos es determinar quién debe acreditar el carácter representativo o no de los sindicatos o la afiliación empresarial a las correspondientes asociaciones; si debe acreditarlo quien dice ostentarla o quien impugna el Convenio pactado por tales sindicatos o asociaciones. La jurisprudencia (STS de 5 de octubre de 1995 y 14 de febrero de 1996) mantiene que “cuando se niega la validez de un convenio colectivo publicado como estatutario en el periódico oficial correspondiente, alegando que quienes lo negociaron carecían de la necesaria legitimación ‘plena’ incumbe a quien lo impugna acreditar la falta de representatividad que acusa”.

5.- Reingreso de excedentes. Cuando a un trabajador en excedencia que no

6 En esta materia, es destacable la jurisprudencia que sobre la reparación del daño establece la Sala 4ª del TS, que, por ejemplo, en la Sentencia de 11 de mayo de 2021, rec. 154/2019, mantiene que “si bien se considera que es exigible la identificación de “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada”, se contempla la excepción en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada” y añade que “el art. 183.2 LRJS viene a atribuir a la indemnización no sólo una función resarcitoria (la utópica *restitutio in integrum*), sino también la de prevención general”.

da lugar a reserva de puesto de trabajo se le deniega el reingreso que solicita, la jurisprudencia atribuye a la empresa la carga de la prueba de inexistencia de vacantes adecuadas⁷.

6.- Procedimiento de oficio. Establece el artículo 148.2.d) LRJS que “las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada”. Se establece, por tanto, una norma reguladora de la carga de la prueba, una presunción *iuris tantum* que no impide que el juez llegue al convencimiento de la existencia de una errónea apreciación de hechos por parte de la autoridad laboral y que sólo se aplica a hechos, no a juicios de valor o calificaciones jurídicas.

7.- Accidentes de trabajo.- Dispone el art. 96.2 que “En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira”. Se recoge aquí jurisprudencia (STS de 22 de julio de 2010, RUD 1241/2009) y lo prevenido en el art. 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

2. LA PRUEBA EN LA INSTANCIA

2.1. Antes del juicio

La regla general es que las pruebas han de practicarse en el acto del juicio oral, pero hay casos en los que antes de él puede hacerse con ciertas pruebas, bien porque exista peligro de perderse la oportunidad de practicarlas o no pueda

7 Así lo expone la sentencia del TSJ de Canarias/Las Palmas, de 16 de noviembre de 1995, en la que se mantiene: “Esta línea jurisprudencial realiza una actividad hermenéutica de tipo finalista del art. 46.5 del ET (el precepto denunciado como infringido) razonando que “no puede pedirse al trabajador -que está fuera de la empresa por su situación de excedente- un proceso de investigación, difícil y complicado, sobre la realidad y situación de las plantillas” (STS 21 de febrero de 1992) añadiéndose que la prueba de la inexistencia de vacante corresponde a la parte demandada, en aras a las dificultades que entraña el que el trabajador pueda acceder al conocimiento real de las vicisitudes sufridas en relación al puesto de trabajo por él desempeñado hasta su excedencia (SSTS 14, 19 y 22 de julio y 19 de agosto de 1988) ya que de lo contrario, se haría ilusorio su derecho expectante de reincorporación (STS 7 de octubre de 1989)”.

hacerse en dicho acto, bien porque sean necesarias para formular la demanda. Se trata de los actos preparatorios y diligencias preliminares y de la anticipación y aseguramiento de la prueba.

Actos preparatorios. Se regulan como tales en el art. 76 LRJS diversas actuaciones relativas a la correcta determinación de quienes vayan a ser parte en un proceso, con remisión, además al art. 256 LEC. Contra la resolución judicial denegatoria de la práctica de la prueba no se dará recurso alguno, a salvo de los que se puedan interponer contra la sentencia⁸.

Anticipación de prueba. En el art. 78 LRJS se permite, a solicitud de quien pretenda demandar o presuma que va a ser demandado, la posibilidad de practicar previamente prueba cuando no pueda ser realizada en el acto del juicio, o su realización presente graves dificultades en dicho momento, debiendo destacarse exclusivamente, que la prueba anticipada, en razón del principio de contradicción, que regula el proceso laboral, habrá de practicarse en presencia del juez con la participación del futuro demandado.

2.2. La prueba en el juicio

Proposición. Como se dijo, de los principios dispositivo y de aportación de parte se deriva que, salvo lo que después se dirá sobre las diligencias finales, sean las partes quienes tienen que solicitar la práctica de pruebas cuando les interese, mediante ellas, probar los hechos que les corresponda acreditar. Ello pueden hacerlo antes del juicio o en ese mismo acto.

Para antes del juicio, previene el artículo 90.3 LRJS que las partes “podrán, asimismo, solicitar, al menos con cinco 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 será de tres días”. También por esta vía caben la exhibición de documentos y la anticipación de prueba prevista en los arts. 77 y 78. La proposición, por tanto, puede hacerse en la misma demanda, que es lo más frecuente, o en escrito posterior, pero con la antelación mínima

8 Permite también el artículo 77 LRJS el examen de libros y cuentas o cualquier otro documento cuando se demuestre imprescindible para fundamentar la demanda. La solicitud debe estar suficientemente motivada y deberá notificarse a todas las partes afectadas la fecha de la práctica de la prueba, pudiendo el demandante asistir acompañado de un experto, corriendo con los gastos. La denegación de la prueba, caso de no poder acreditarse de otro modo los extremos de la demanda, podría implicar nulidad de actuaciones.

que el precepto establece, con la finalidad de que pueda haber tiempo para librar las correspondientes comunicaciones y de que su resultado pueda llegar al juicio. La denegación injustificada puede dar lugar también a la nulidad de actuaciones en los mismos términos que la que se produzca en el juicio.

En el acto del juicio, si las partes pretenden probar hechos que necesiten ser probados, deben pedir el recibimiento a prueba y dentro de la fase probatoria, el art. 90.1 LRJS nos dice que “las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley”, derecho que tiene, incluso, reflejo en la Constitución, que en el artículo 24.2 reconoce que todos tienen derecho “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”.

Recibido el juicio a prueba, las partes podrán proponer las pruebas de que intenten valerse y el órgano judicial deberá resolver sobre su admisión o denegación⁹.

Las reglas básicas del recibimiento a prueba son las siguientes:

a) Que, como ya se dijo, sólo ha de practicarse prueba sobre los hechos que sean controvertidos, de modo que todos aquellos hechos, que no sean negados expresamente deberán tenerse por conformes, so pena de generar indefensión a quien no estaba obligado a probar lo que no le fue rebatido, ello, según el propio art. 87.1, “salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes”. b) Que solicitada y admitida una prueba habrá de practicarse necesariamente para evitar indefensión a la parte, que la solicitó. c) Que, con las salvedades antes apuntadas, la prueba habrá de poder practicarse en el acto del juicio.

Frente a la denegación de la prueba solicitada, que deberá ser necesaria-

9 El art. 87.1 LRJS establece que “se admitirán las pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto respecto de los hechos sobre los que no hubiere conformidad... siempre que aquéllas sean útiles y directamente pertinentes a lo que sea el objeto del juicio” y se añade que “podrán admitirse también aquellas que requieran la traslación del Juez o Tribunal fuera del local de la audiencia, si se estimasen imprescindibles”, caso en que “se suspenderá el juicio por el tiempo estrictamente necesario”, supuesto excepcional que no es frecuente.

La doctrina constitucional mantiene con reiteración que la denegación de pruebas puede provocar indefensión y, por tanto, vulnerar lo dispuesto en el art. 24 CE. Pero también ha añadido el Tribunal Constitucional que ello no implica desapoderar al juez sobre la admisión de las pruebas, ya que solo a éste le compete ponderar la adecuación del medio de prueba en relación con el objeto del litigio, ya que el derecho a las pruebas, que reconoce el art. 24 CE no es, en ningún caso, un derecho a desarrollar una actividad probatoria ilimitada, pues las pruebas que han de practicarse son aquellas que guardan una pertinente relación con el proceso, si bien la denegación injustificada de pruebas pertinentes, que tenga significación material y produzca un efectivo y real menoscabo del derecho a la defensa, vulnerará el derecho a la tutela judicial efectiva, generando indefensión a la parte afectada.

mente motivada, puede realizarse la correspondiente protesta, consignándose en el acta, como dispone el art. 87.2 LRJS, la pregunta o la prueba solicitada, la resolución denegatoria, la fundamentación razonada de la denegación y la protesta, que se convierte en requisito necesario para solicitar posteriormente la nulidad de lo actuado, al haberse provocado indefensión. La protesta tiene por finalidad poner en conocimiento del órgano judicial la posible infracción cometida para que ésta pueda ser subsanada, sin que la parte pueda esperar a ver si la resolución le es o no favorable para decidir si la denuncia¹⁰.

Recibido el juicio a prueba y, admitidas por el órgano judicial las que considere lícitas y pertinentes, se pasa a su práctica, que vamos a estudiar al referirnos a cada uno de los medios de prueba, respecto a los que, como hemos visto, el artículo 90 LRJS señala que podrán ser cuantos se encuentren regulados en la Ley, sin que los enumere, aunque, después contiene unas mínimas reglas para algunos de ellos, por lo que, para completarlas, hay que acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil que, como sabemos, es supletoria de la laboral, según ésta establece en su disposición adicional primera.

La ley sólo prohíbe (art. 90.2) “pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”, no impidiendo, en consecuencia, pruebas obtenidas ilícitamente, que no violen tales derechos, que deberán ser combatidas con otros medios de prueba o, en su caso, acentuando la fragilidad de su certeza, debido a la propia ilicitud de su obtención¹¹.

10 Como se ha dicho, la denegación injustificada de prueba puede dar lugar a la nulidad de las actuaciones practicadas. Al respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional puede resumirse de la siguiente forma, según se expone en la Sentencia 1/1996, de 15 de enero: a) El derecho a practicar prueba constituye un derecho fundamental, inseparable del derecho de defensa, que el art. 24.2 CE reconoce y garantiza a todos los que son parte en un proceso judicial. b) El art. 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, pues sólo procede la admisión de las pruebas que, propuestas en tiempo y forma, sean lícitas y pertinentes al caso. c) Sólo se infringe el derecho fundamental cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, puesto que el ámbito material protegido por el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión. d) Quien sostenga la vulneración del derecho debe fundamentar y argumentar las razones por las cuales la omisión de la prueba propuesta le ha provocado una indefensión material al ser relevante para la decisión final del proceso, pues sólo cuando de una manera convincente se infiera que, acaso, el fallo judicial pudo ser otro más favorable para el recurrente si la prueba omitida se hubiera practicado, podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho.

11 El TS en sentencia de 6 de abril de 1990 sostuvo que no constituye actitud fraudulenta, procesalmente hablando, la aportación de fotocopias de documentos de la empresa, si consta acreditado que su utilización se ha centrado exclusivamente en la defensa del actor de las imputaciones de un despido objetivo.

Medios de Prueba

1. La utilización de los medios mecánicos

El art. 90.1 LRJS incluye expresamente entre los medios de prueba “los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos”, cuya utilización ya estaba permitida por el art. 230 de la LOPJ, con base al cual ya se venían admitiendo por nuestros tribunales. Como regla general, también esta prueba ha de practicarse en el acto del juicio, estableciendo el 289.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como reflejo del principio de inmediación, que también será inexcusable la presencia judicial en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos¹².

El mayor problema que presenta este medio de prueba es el relativo al respeto de los derechos fundamentales pues en la relación laboral hay que mantener el equilibrio entre el derecho empresarial a controlar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales del trabajador y el derecho de éste a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, contemplado en el art. 4.2 e) en relación con el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Nuestros Tribunales no suelen admitir la prueba, por atentarse a la intimidad del afectado, cuando se graban todas sus conversaciones de modo indiscriminado¹³.

Sobre la posibilidad de vigilancia y control por parte del empresario de la actividad laboral del trabajador, se han pronunciado en bastantes ocasiones nuestros tribunales, pudiéndose destacar que el Tribunal Constitucional ha declarado con reiteración, por ejemplo en sentencia 186/2000, de 10 de julio, que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales, pero en ella añade que tal derecho «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

12 Claro está que también debe practicarse en presencia de las partes y, cuando para esa práctica sea preciso algún instrumento o mecanismo, la parte que proponga la prueba deberá aportarlo al juicio, para que en él pueda verse u oírse la prueba, recogándose en el acta sus secuencias fundamentales, por ello, se añade respecto a tales medios que “deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”. La LEC contiene una regulación de la práctica de esta prueba en los arts. 382 a 384.

13 STS de 10 de marzo de 1990) y en Sentencia 114/84, de 21 de diciembre, el TC sostiene que “... entre remitentes y destinatarios de una conversación telefónica debe garantizarse, en cumplimiento del art. 18.3 de la CE, que no se interponga un tercero”, pero se permite “el uso que puedan hacer tales destinatarios de lo que les fue comunicado”.

necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho» y que “en este sentido debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 CE) y reconocido expresamente en el art. 20 LET, 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. 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 igualmente la normativa laboral [arts. 4.2 c) y 20.3 LET]”¹⁴.

2. El interrogatorio de las partes

Puede practicarse esta prueba, en primer lugar, respecto a las personas físicas con capacidad procesal al efecto, sin que pueda hacerse a través de representante o del profesional que asista a la parte, por tratarse de un acto personalísimo, aunque el art. 91.4 LRJS permite, cuando se trate de preguntas relativas a hechos no personales, que responda un tercero que tenga conocimiento personal de ellos, si la parte así lo solicita y acepta la responsabilidad de la declaración, previniendo el art. 308 LEC que, si la parte que ha propuesto la prueba no lo acepta, el declarante podrá solicitar que tal persona sea interrogada como testigo.

También puede practicarse el interrogatorio de las personas jurídicas privadas, prueba que, según el art. 91.3, se practicará “por quien legalmente las represente y tenga facultades para responder a tal interrogatorio”; se añade en el n° 5 que “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 podrá 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”. El art. 309 LECi establece que el declarante que no hubiere intervenido en los he-

14 Pueden verse, al respecto, las Sentencias del TC 170/2013, de 7 de octubre y del TS de 13 de mayo de 2014, RUD 1685/2013.

chos controvertidos, habrá de alegar tal circunstancia y facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de la persona jurídica para que pueda ser citada a juicio a declarar, haciéndolo en calidad de testigo si ya no forma parte de ella. El mismo régimen se aplica a las entidades sin personalidad jurídica.

Por último, tratándose de personas jurídicas públicas, o sea, como nos dice el art. 315 LEC, al que se remite el 91.6 LRJS, cuando sean parte el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad local y otro organismo público, el interrogatorio se efectúa mediante las respuestas escritas a la lista de preguntas que se presenten por la parte proponente y que el tribunal declare pertinentes. Hay que precisar que esta prueba solo será posible si se propone con cinco o tres días de antelación, como mínimo, antes del juicio, pues si se hace en éste no será posible practicarla en los términos que hemos visto.

El art. 301.1 LEC viene a admitir expresamente el interrogatorio del colitante, es decir, de aquella persona que ocupe la misma posición jurídica que quien lo proponga, pero presente intereses opuestos o en conflicto, que ya se venía permitiendo en el ámbito laboral.

Sobre la forma de practicar esta prueba la LRJS sólo señala en el art. 91.1 que las preguntas se propondrán verbalmente, sin admisión de pliegos, regla que se recoge también en el art. 302 LECi que añade que las preguntas se formularán en sentido afirmativo y con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones. Como señala con carácter general el art. 87.2 LRJS, el Juez o Tribunal resolverá en el acto sobre la pertinencia de las preguntas y si el interesado protestase contra la inadmisión, se consignará en el acta la pregunta solicitada, la resolución denegatoria, la fundamentación razonada de la denegación y la protesta, todo a efectos del correspondiente recurso contra la sentencia.

Lo que sí regula la LRJS, en el art. 91.2, es la llamada “ficta confesio”, al prevenir que “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, podrán 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”¹⁵.

15 La aplicación de tal figura precisa que el interrogado haya sido llamado, por lo que también habrá de proponerse la prueba con antelación al juicio y, como enseña la jurisprudencia, es una fa-

Por último, añadir que el art. 87.3 LRJS permite al órgano judicial hacer a las partes las preguntas que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

3. La prueba testifical

La LRJS se limita a las escasas reglas del art. 92, debiéndose acudir también aquí para completarlas a la LEC¹⁶. Previene el art. 92.2 LRJS que los testigos no podrán ser tachados y que únicamente en conclusiones, las partes podrán hacer las observaciones que sean oportunas respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones¹⁷.

Pueden utilizarse los servicios de detectives privados, que alcanza el valor de prueba testifical cuando el informe es ratificado en el acto del juicio, para que las partes y el tribunal puedan efectuar las preguntas que pudieran estimar oportunas.

Por último, las declaraciones efectuadas ante notario acreditan exclusivamente frente a terceros el hecho que motivó su otorgamiento y la fecha del mismo, (STS de 6 de marzo de 1991).

Es decir, de lo único que da fe el notario es que la persona de que se trata declaró, de lo que declaró y de la fecha en que lo hizo, lo cual, además, no resultaría de prueba testifical, sino de documental pública; en cambio, no se acredita

cultad exclusiva y excluyente del juzgador de instancia, no de una obligación y la consecuencia es que el no hacer uso de ella, no teniendo por confesa a la parte no comparecida o que se niegue a contestar, no puede ser motivo de recurso alguno (STC 61/2002, de 11 de abril y STS de 21 de abril de 2015, RUD 296/2014).

16 Nos dice el apartado 1 del precepto señalado, en primer lugar, que tampoco se admitirán aquí escritos de preguntas y repreguntas, aunque, claro está, deben admitirse tales escritos cuando la prueba haya de practicarse por medio de exhorto. Señala también el precepto que, cuando el número de testigos fuese excesivo y, a criterio del órgano judicial, sus manifestaciones pudieran constituir inútil reiteración del testimonio sobre hechos suficientemente esclarecidos, el órgano judicial podrá limitarlos discrecionalmente. Más concreto es, al respecto, el art. 363 LEC, que nos dice que, cuando el tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado. Son aplicables aquí las normas antes vistas sobre la denegación de los testigos o de las preguntas, así como la posibilidad de que el juez o tribunal les formule las preguntas que estime convenientes.

17 Contiene el nº 3 del art. 92 una previsión nueva al decir que: “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 podrá 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 serán impedimento para las responsabilidades que de su declaración pudieren derivarse”.

que lo manifestado por el declarante sea cierto, manifestación que tampoco puede considerarse prueba testifical puesto que no se realiza a la presencia judicial. No obstante, el jugador de instancia puede formar su convicción teniendo en cuenta el contenido de lo declarado.

4. Prueba pericial

Tampoco sobre este medio de prueba contiene la LRJS una regulación completa, señalando el art. 93.1 que “La práctica de la prueba pericial se llevará a cabo en el acto del juicio, presentando los peritos su informe y ratificándolo”, aunque, se añade ahora que “No será 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”, norma que es de importancia en especial en los procesos sobre reclamaciones en materia de incapacidad permanente, aunque ya venía admitiéndose en la práctica que no fuera necesaria la ratificación de los informes obrantes en el expediente administrativo, sobre todos los emitidos por los facultativos de los órganos de calificación de la entidad gestora.

Previene el art. 93.2 LRJS que “El órgano judicial, de oficio o a petición de parte, podrá 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”¹⁸.

El art. 370.4 LEC incorpora la figura del testigo-perito al señalar que “cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos”.

En la LRJS se han introducido en el art. 90 unas previsiones sobre la prác-

¹⁸ Cuestión controvertida es la relativa a la posición del órgano judicial cuando la parte solicita la intervención del médico forense, lo que se plantea continuamente cuando se trata de determinar el grado de incapacidad permanente. El Tribunal Supremo, así en Sentencia de 20 de septiembre de 2005 ha declarado que el juzgador debe pronunciarse expresamente sobre la pertinencia o rechazo de la prueba propuesta, exponiendo las razones que fundamenten su decisión. Respecto a la práctica de esta prueba, la s. de la Sala de lo Social de TSJEX de 8 de marzo de 2012, apoyándose en la doctrina expuesta en la del TS de 7 de febrero de 2005, (RUD 2450/2005), mantiene que su denegación no motiva la nulidad de actuaciones porque el beneficiario que pretende una prueba pericial no tiene derecho a que la practique el médico forense sino, si acaso, un perito médico en la forma establecida en el art. 6.6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita

tica de la prueba pericial cuando requiera determinadas medidas que exijan el sometimiento a reconocimientos clínicos, obtención de muestras o recogida de datos personales relevantes, bajo reserva de confidencialidad, que pueden adoptarse incluso aunque no medie el consentimiento del afectado. Son las contenidas en los n.º. 5, 6 y 7

5. La prueba documental

Escasa es también la regulación de este medio de prueba en la LRJS pues, aparte de la posibilidad de que el órgano judicial pueda estimar probadas las alegaciones hechas por la parte contraria en relación a los documentos pertenecientes a las partes propuestos como medio de prueba y admitida por el Juez, cuando no se presentaren sin causa justificada, a lo que es aplicable lo dicho sobre la “ficta confesio”, sólo se establece en el art. 94 que “De la prueba documental aportada, que deberá estar adecuadamente presentada, ordenada y numerada, se dará traslado a las partes en el acto del juicio, para su examen”. No obstante, se contiene respecto a la prueba documental una previsión específica en el art. 90.4 LRJS, que nos dice 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”¹⁹.

Merece la pena referirse aquí a cuando es necesario acreditar, aportándolos, la existencia y vigencia de los convenios colectivos, bastando con acudir a lo que se expuso en la STS de 20 de noviembre de 2000, citada en la del TSJEx de 11 de septiembre de 2001, en la que no se tuvo en cuenta uno que “no se ha incor-

19 De la regulación de la prueba documental que se contiene en la LEC, basta señalar que se distingue entre documentos públicos y privados. Respecto a los primeros, la ley no los define, sino que contiene una enumeración de ellos en el art. 317, señalando su fuerza probatoria en el 319. Por su parte, el 324 establece que documentos privados son los que no se hallen en ninguno de los casos del 317 y, en cuanto a su fuerza probatoria, el art. 1.225 del Código Civil, que establece que el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes, no ha sido derogado por la nueva LEC, pero en ésta, en el art. 326.1 no se exige el reconocimiento, sino que basta con que la autenticidad del documento no sea impugnada por la parte a quien perjudique para que el privado haga prueba plena en el proceso en los mismos términos que el público.

porado a las actuaciones; no se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado y la parte recurrente no ha precisado ningún dato en relación con su publicación”²⁰.

6. La prueba de expertos

Contempla el art. 95 LRJS varios instrumentos al establecer que:

“1. Podrá el Juez o Tribunal, si lo estima procedente, oír el dictamen de una o varias personas expertas en la cuestión objeto del pleito, en el momento del acto del juicio o, terminado éste, como diligencia final”. No ha tenido mucha aplicación esta posibilidad, aunque se hace algún uso de ella en los supuestos de extinción de contrato de trabajo por causas objetivas, movilidad geográfica o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. “2. Cuando en un proceso se discuta sobre la interpretación de un convenio colectivo, el órgano judicial podrá oír o recabar informe de la comisión paritaria del mismo”²¹.

7. Reconocimiento judicial

No se refiere expresamente la LRJS a este medio de prueba que define el art. 353.1 LEC diciendo que “se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine algún lugar, objeto o persona”. Como se dijo antes, en el ámbito del proceso laboral

20 Es cierto que la sentencia 151/1994 del Tribunal Constitucional ha señalado que «los diarios autonómicos satisfacen esta exigencia de publicidad de las normas, sirviendo a idénticos fines, y desplegando, respecto de las normas sujetas a ellos, la máxima eficacia al principio “iura novit curia”», por lo que se viola el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el órgano judicial no aplica una norma publicada en un boletín de una Comunidad Autónoma que ha sido alegado por una de las partes. Pero esto se condiciona a que: 1) la publicación del convenio haya tenido lugar en un diario oficial autonómico, 2) la parte haya proporcionado los datos suficientes para identificar la norma y 3) que la competencia del órgano judicial no exceda del ámbito territorial del correspondiente diario oficial”.

21 Se trata más bien de un elemento auxiliar del juzgador, pues no se pretende con ello fijar hechos sino de interpretar las normas de un convenio, para lo que habrá que acudir a las reglas de interpretación de los contratos y de las normas jurídicas, sin que, en realidad, pueda entenderse que la efectuada por la comisión paritaria sea una interpretación auténtica. 3. 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 podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes. 4. 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. 5. Cuando, sobre hechos relevantes para el proceso, sea pertinente que informen personas jurídicas y entidades públicas en cuanto tales, por referirse esos hechos a su actividad, sin que quepa o sea necesario individualizar en personas físicas determinadas el conocimiento de lo que para el proceso interese, la parte a quien convenga esta prueba podrá proponer que la persona jurídica o entidad, a requerimiento del tribunal, responda por escrito sobre los hechos en los diez días anteriores al juicio. Dicho informe se presentará hasta el momento del acto del juicio, sin previo traslado a las partes y sin perjuicio de que pueda acordarse como diligencia final su ampliación”.

este medio de prueba ha tenido muy escasa utilización, más si se propone en el acto del juicio y exige su suspensión pues, aunque, como se dijo, el art. 87.1 LRJS admite esa posibilidad, sólo es cuando se estime imprescindible porque con ello se rompe el principio de unidad de acto, característico del juicio en el proceso laboral²².

8. La prueba de presunciones

Sobre todo, las denominadas presunciones judiciales o “de hombre”, vienen siendo de un uso extendido y especialmente en el proceso laboral, aunque no son propiamente medios de prueba, sino que en ellas se efectúa una operación lógica entre un hecho claramente probado, que habrá de serlo por los medios estudiados, y otro, que se pretende deducir. No se refiere a ellas la LRJS, debiendo acudir a la LEC que, derogando las normas que al respecto contenía el Código Civil, las regula ahora en los arts. 385, las legales, y en el 386, las judiciales. Ya veremos cómo se pueden combatir en recurso.

9. El acta del juicio

El principio general contenido en el art. 89.1 LRJS es que “El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen”, por lo que todas las actuaciones que durante él se practiquen, entre ellas las relativas a la práctica de la prueba, han de quedar en tal “soporte” que queda bajo la custodia del Letrado de la Administración de Justicia y del que las partes pueden, a su costa, pedir copia²³.

22 Más posibilidades de celebración tiene esta prueba cuando se solicita como anticipada o para diligencia final, como se señala en la sentencia del TSJ de Andalucía/Málaga de 16 de enero de 1998.

23 Pero, cuando los medios de registro mencionados no se pudiesen utilizar por cualquier causa (art. 89.4), el Letrado extenderá acta de cada sesión, en la que se hará constar, respecto a lo que aquí nos interesa, las pruebas: a)- Medios de prueba propuestos por las partes, declaración expresa de su pertinencia o impertinencia, razones de su denegación y protesta, en su caso. Se recoge aquí, legalmente, lo que ya se dijo sobre la necesidad de resolución expresa por el tribunal sobre la admisión o denegación de las pruebas, la motivación y la protesta de la parte a quien se le han denegado para fundar un posible recurso. b)- En cuanto a las pruebas admitidas y practicadas: 1º Resumen suficiente de las de interrogatorio de parte y de testigos.

2º Relación circunstanciada de los documentos presentados, o datos suficientes que permitan identificarlos en el caso de que su excesivo número haga desaconsejable la citada relación. 3º Relación de las incidencias planteadas en el juicio respecto a la prueba documental. Se hace referencia aquí a las posibilidades de reconocimiento o impugnación de los documentos presentados. 4º Resumen suficiente de los informes periciales, así como también de la resolución del Juez o Tribunal en torno a las recusaciones propuestas de los peritos. 5º Resumen de las declaraciones de los asesores, en el caso de que el dictamen de éstos no haya sido elaborado por escrito e incorporado a los autos.

2.3. Diligencias finales

Según el art. 88.1 LRJS, “terminado el juicio, dentro del plazo para dictar sentencia, el juez o tribunal podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, como diligencias finales, con intervención de las partes y en la forma establecida para las pruebas de su clase”.

Se trata de una facultad -no una obligación- del juzgador de instancia, el cual puede discrecionalmente acordar o no la práctica de pruebas, llegándose a hablar de “facultad soberana” del mismo, y de que, en ningún caso la petición de la parte vincula al juzgador, precisando que esa petición es mera sugerencia, por lo que su denegación no puede sustentar recurso alguno (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1998 y del TSJEx de 14 de abril de 2003)²⁴.

Lo que no puede el juzgador de instancia es suplir la iniciativa y actividad de las partes, acudiendo a estas diligencias cuando, pudiendo una parte proponer y practicar una prueba oportunamente, hubiera dejado pasar dicha oportunidad sin hacerlo, pues entonces el tribunal saldría de su posición imparcial, que le obliga a no suplir lo que pudieron y debieron hacer las partes (STC de 22 de mayo de 1982)²⁵.

2.4. Valoración de la prueba y su reflejo en la sentencia de instancia

Fundamental es, a los efectos que vamos a tratar, el art. 97.2 LRJS, según el cual, en la sentencia, el juez, “apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión”, añadiéndose “en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso res-

24 Pero, así como el acordarlas es facultad soberana del juzgador, de acordarse la prueba, habrá de practicarse necesariamente, so pena de nulidad. Para lograr este objetivo, en la providencia en la que se acuerde la práctica de la prueba se fijará un plazo para su práctica y transcurrido éste, sin poder practicarse, se proveerá nuevamente y si tampoco en esta ocasión se puede practicar, se acordará, previa audiencia de las partes, que los autos queden vistos para sentencia, en cuyo caso, de tratarse la prueba no practicada de la confesión judicial de cualquiera de las partes o de la aportación de documentos pertenecientes a ellas, también, si la obligada, sin causa justificada, no comparece o no aporta los documentos requeridos, podrán tenerse por probadas las alegaciones de la contraria en relación con la prueba acordada.

25 Merece señalarse que el TC, así en SS 227/1991, de 28 de noviembre y 61/2002, de 11 de marzo ha mantenido que en determinadas circunstancias estas diligencias también pueden, o incluso, deben, acordarse en el recurso de suplicación.

paldados por presunción legal de certeza”.

En ese precepto nos encontramos con tres previsiones, una relativa a la valoración de la prueba practicada en el proceso y otras dos al contenido de la sentencia que recaiga en la instancia.

La primera de esas previsiones determina a quien corresponde valorar, o apreciar, como dice la ley, la prueba practicada, pero el precepto va más allá y hace referencia a “los elementos de convicción”, concepto más amplio, pues no sólo abarca los que enumeran expresamente las leyes, sino que también alcanza al convencimiento judicial derivado de su conocimiento directo del asunto en virtud de la inmediación propia del proceso laboral, de forma que dicho convencimiento puede extraerlo, no sólo de las pruebas practicadas o de las presunciones judiciales, sino también del contexto de las alegaciones de las partes y de sus conductas procesales, incluso de sus omisiones o silencios²⁶.

Otra de las previsiones del art. 97.2 LRJS se refiere a la necesidad de que en la sentencia se hagan constar los hechos que el juzgador de instancia considera probados, exigencia ahora también contenida en el art. 209 LEC²⁷.

26 Esa valoración corresponde hacerla al juzgador de instancia, es decir, al juez o tribunal ante el que se ha desarrollado el juicio y, por tanto, se han practicado las pruebas. Por eso, consecuencia también del principio de inmediación, el art. 98 LPL establece que si el Juez que presidió el acto del juicio no pudiese dictar sentencia, deberá celebrarse éste nuevamente. Así señala la STC 81/88, de 28 de abril que el Juez de lo Social incardina unos hechos en las previsiones legales, reiterando que la carga de la prueba de los hechos corresponde a las partes, mientras que al Juez corresponde la determinación de los hechos probados, decidiendo “en conciencia y mediante una valoración conjunta”; esta libertad del Órgano Judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala la misma doctrina (STC 175/85, de 17 de diciembre) que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, para indicar, con motivo de un recurso de casación, que la valoración de la prueba es facultad privativa del órgano judicial de instancia, «sin que pueda sustituirse su valoración por otra voluntaria y subjetiva confundiendo este recurso excepcional con una nueva instancia, por lo que en consecuencia, los hechos declarados probados, reflejo de dicha valoración deben prevalecer, mientras que por medio de un motivo de revisión fáctica, basada en documentos de los que resulte de un modo claro, directo y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas» (por todas, STS de 5 de junio de 2013, rec. 2/2012, citada en la del TSJEx de 3 de diciembre de 2015).

27 Basta aquí con señalar que es también doctrina reiterada de los tribunales que los citados preceptos obligan al juzgador de la instancia a consignar en el relato de hechos probados de su sentencia cuantos elementos fácticos sean precisos para resolver la cuestión planteada, no sólo aquellos que le sirvan para fundar la resolución que va a dictar, sino, también, aquellos otros en los que puede basar una diferente el Tribunal que conozca del recurso, doctrina cuya aplicación permite anular la sentencia de instancia cuando su relato fáctico sea insuficiente, aunque hay que tener en cuenta que en ese relato deben incluirse las afirmaciones que con tal carácter se realice en los fundamentos jurídicos (STS de 27 de julio de 1992). La LRJS ha introducido al respecto una nueva regla para evitar en lo posible las anulaciones de sentencias por insuficiencia en el relato fáctico, diciendo en el en el artículo 202.2 que si la infracción de normas de procedimiento cometida versara sobre las normas reguladoras de la sentencia, lo que aquí sucede con el citado art. 97.2 de dicha ley, y no

Por último, la otra norma contenida en el precepto consiste en que la valoración que el juzgador de instancia hace de la prueba y demás “elementos de convicción” del proceso, ha de tener un reflejo en la sentencia, no sólo declarando expresamente los hechos que estime probados, sino también, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión. Esta exigencia se estableció por primera vez en el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, si bien ya se contenía en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, por ejemplo, en Sentencia 24/1990, de 15 de febrero señaló que el Juez o Tribunal de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada, lo cual quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el Órgano Judicial.²⁸

La exigencia de motivación de la declaración de hechos probados no significa que decaiga el principio de apreciación conjunta de la prueba, que se mantiene reforzado, pero la falta total o parcial de motivación en tal sentido, puede provocar indefensión, de conformidad con el mandato del art. 24.1 de la Constitución Española, que garantiza la tutela judicial efectiva en relación con el apartado 2.º del art. 97 LRJS, la nulidad de la sentencia. No obstante, con la antes citada norma del art. 202.2, es difícil que ese defecto determine la nulidad de la sentencia.

podiera la Sala resolver lo que corresponda por ser insuficiente el relato de hechos probados de la resolución, acordará la nulidad en todo o en parte de dicha resolución, por lo que no debe hacerlo si puede resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate.

28 Respecto a la obligación de que tratamos, razonan la STC 14/1991, de 14 de enero y la STS de 28 de enero de 1984, para cumplir este mandato no es necesario que los razonamientos hayan de ser exhaustivos y pormenorizados, pero sí suficientes para justificar los motivos de la convicción judicial en cuanto a la realidad de los hechos que plasma, que no pueden aparecer como una arbitraria conclusión, puesto que la facultad de valoración de la prueba atribuida al Juez de instancia no significa una apreciación infundada o discrecional, y su libertad no es absoluta sino condicionada dentro de ciertos límites, al combinarse en nuestro ordenamiento civil y laboral los sistemas de prueba legal y de prueba libre, debiendo actuar en todo momento con sometimiento a las reglas de derecho y de la razón, optando, cuando existe una colisión entre el contenido de los diversos elementos probatorios, por aquellos que le ofrezcan, en función de su eficacia, una mayor garantía de certidumbre y poder de convicción para acreditar cumplidamente los fundamentos de derecho; sin que por lo tanto la libertad del órgano judicial en la valoración de la prueba suponga aceptar las más absoluta soberanía o admitir que el Juez ha de seguir sus conjeturas, impresiones, sospechas o suposiciones.

3. LA PRUEBA Y LOS RECURSOS

Que la valoración de la prueba y la consiguiente fijación de los hechos probados corresponda al juzgador de instancia, no quiere decir que su determinación del relato de los hechos relevantes para la resolución de la cuestión que se plantea sea inatacable, sino que, salvo en los supuestos en que no quepa recurso, las partes pueden intentar alterar tales hechos en los recursos que interpongan, que son el de suplicación cuando se trata de resoluciones de los Juzgados de lo Social y el de casación en el caso de las que dicten, conociendo en la instancia, las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia.

3.1. Aportación de documentos en los recursos

Al tratarse de un proceso que se desarrolla en única instancia, en el que los recursos que pueden interponerse contra las resoluciones definitivas que se dictan son de carácter extraordinario, tradicionalmente se venía rechazando la posibilidad de introducir hechos nuevos, no alegados en la instancia, y de practicar prueba alguna en el trámite de los recursos de suplicación y casación. Por eso, el art. 82.E LRJS previene que en las cédulas de citación a los actos de conciliación y juicio se hará constar que los litigantes han de concurrir con todos medios de prueba de que intenten valerse y el art. 233, contenido en el capítulo dedicado a las disposiciones comunes a ambos recursos, empieza diciendo que “la Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos” y, aunque la norma sólo se refiere expresamente a los documentos, es claro que la prohibición que contiene se extiende a todos los demás medios probatorios.

El art. 233 LRJS dice que “si alguna de las partes presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala, oída la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos días siguientes lo que proceda, mediante auto contra el que no cabrá recurso de reposición, con devolución en su caso a la parte proponente de dichos documentos, de no acor-

darse su toma en consideración²⁹".

3.2. Alteración de los hechos probados en la resolución recurrida

Como se ha dicho, para resolver los recursos de suplicación y casación contra las resoluciones que dicten los tribunales sociales los recurrentes pueden intentar modificar los hechos que se consideran probados en la resolución recurrida, para después basar en el nuevo relato fáctico que de ello pueda resultar, sus alegaciones de infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

Por ello, tratándose del recurso de suplicación, el artículo 193.b LRJS establece como uno de los motivos que pueden constituir su objeto "revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas" y, respecto al de casación, el 207.d nos dice que podrá fundarse el recurso en el "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

En cambio, no cabe tal pretensión en el recurso de casación para la unificación de doctrina, puesto que el presupuesto más característico de este recurso es el de la contradicción y ello supone un juicio comparativo entre los hechos, fundamentos y pretensiones de la sentencia recurrida y "la contraria" a los efectos de averiguar su "sustancial identidad" y de sus pronunciamientos, con el fin de evidenciar la oposición de una y otra sentencia, por lo que si se cambiaran los hechos ya no sería la misma la situación enjuiciada por la sentencia recurrida y no podría compararse con la que se alega como contradictoria, habiéndose declarado en la STS de 2 de diciembre de 1996, entre otras, que, a pesar del carácter de orden público de la materia, "la exigencia de contradicción es aplicable incluso en los casos en que la cuestión debatida en el recurso afecte a la jurisdicción"³⁰.

29 Se añade, además, una previsión que antes no se contenía, diciendo que "De admitirse el documento, se dará traslado a la parte proponente para que, en el plazo de cinco días, complemente su recurso o su impugnación y por otros cinco días a la parte contraria a los fines correlativos". Ese traslado no será preciso cuando, como sucede frecuentemente, el recurrente ya hace referencia en su escrito de interposición a documentos que aporta con él y a las consecuencias que su admisión podría tener en el recurso.

30 Así, pues, la alteración de hechos probados de que tratamos sólo puede lograrse, en suplicación, mediante documentos y pruebas periciales y en casación sólo por medio de los primeros. Vamos a ver por separado cada uno de estos medios de prueba, pues para que, a través de ellos, se logre el propósito del recurrente, deben cumplir una serie de requisitos, debiendo adelantarse que, como se mantiene en la STS de 5 de junio de 1.995, no es ajustado a derecho sustituir el criterio objetivo e

A. Prueba documental

La vigente normativa procesal laboral se refiere simplemente a "las pruebas documentales" en el recurso de suplicación [art. 193.b)] o a "documentos que obren en autos... sin resultar contradichos por otros elementos probatorios" en el recurso de casación [art. 207.d) LPL], pero las Salas de lo Social de los TSJ y del Tribunal Supremo han puesto de manifiesto que no todo documento escrito, unido al proceso, es apto para justificar el error de hecho pretendido, estableciendo, como norma general, que, solamente gozan de tal virtualidad "aquellos documentos que por sí mismos hagan prueba de su contenido", exigiendo su carácter de "idóneo", "suficiente", "convinciente" o "fehaciente".

En este sentido la citada jurisprudencia ha negado eficacia revisoria, entre otros a:

-Documentos notariales que contengan declaraciones de testigos (STS de 28 de febrero de 1991) "constituyen simples manifestaciones de declaraciones testificales, ulteriormente ratificadas en el acto del juicio", sin que el hecho de que tales declaraciones testificales sean recogidas en actas notariales les haga perder su carácter testifical para convertirlas en pruebas con valor documental (STS 23 de mayo de 1990).

-Fotocopias, no reconocidas, ni adveradas de otros instrumentos documentales (STS 19 de diciembre de 1989). -Actas del juicio, actas levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o por los inspectores de Hacienda o pliegos de cargos existente en expediente disciplinario (STS 28 de noviembre de 1989).

-Certificados del acto de conciliación que sólo acreditan la fecha de celebración del acto y de las partes intervinientes, pero no las manifestaciones de éstas, añadiendo que, las mismas, carecen de fuerza vinculante al ser emitidas con la finalidad de avenencia y no haberse alcanzado ésta.

-Certificación de sentencia dictada en un proceso anterior, ya que los medios probatorios aportados en proceso, pueden reflejar una realidad no acreditada en el proceso actual o ser reflejo de las diferentes pruebas practicadas. (Ello

imparcial del Juez de instancia al momento de valorar las pruebas practicadas por el subjetivo o parcial de la recurrente, confundiendo este recurso excepcional con una nueva instancia, por lo que en consecuencia los hechos declarados probados reflejo de dicha valoración deben prevalecer mientras que por medio de una revisión fáctica, basada en documentos de los que resulte de un modo claro, directo y patente el error sufrido por el Juzgador, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones subjetivas, no sean revisados.

no excluye la facultad del juzgador de instancia, en uso de la potestad que le confiere el art. 97.2 LPL para formar su convicción teniendo en cuenta lo declarado probado en otros procedimientos y sin perjuicio de la vinculación que los hechos probados de una sentencia firme puedan tener en otro proceso posterior -STC 192/2009, de 28 de septiembre-

-Propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS, dada su naturaleza y ámbito del expediente administrativo en que se desenvuelve (STS 22 de marzo y 11 de mayo de 1988).

-Diligencias instruidas por las Fuerzas de Orden Público, informes de detectives privados. Etc.

-Informes de vida laboral, se mantiene en la sentencia del TSJ de Extremadura de 3 de mayo de 2022, rec. 167/2022, “tal documento lo que acredita son situaciones del trabajador respecto a la Seguridad Social, pero no efectiva prestación de servicios, aunque se esté en alta”.

-Las notas simples informativas emitidas por los Registros de la Propiedad que, según el artículo 222 .5 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1.946, tienen valor puramente informativo y, más claramente, el artículo 332.5 del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1.947 establece que no dan fe del contenido de los asientos registrales.

-Discos tacógrafos: ver s. TSJEx de 21 de diciembre de 2021, rec. 767/21.

En cambio, pueden tener eficacia a estos efectos, los documentos públicos enumerados en el art. 317 LEC, los cuales, según el 319, harán 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.

En cuanto a los documentos privados, venía diciéndose que, en base al art. 1.225 CC, sólo eran eficaces para acreditar el error del juzgador de instancia cuando eran expresamente reconocidos por la parte a quien pudiera perjudicar, pero la nueva LEC, aunque no ha derogado tal precepto, señala en el art. 326.1 que los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los mismos términos que los públicos, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen³¹.

31 Al respecto, señala la sentencia del TSJ Extremadura 19 de febrero de 2002: “documento pri-

Más dudoso es si los medios mecánicos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido pueden conceptuarse como "documentos" al efecto de apoyar el motivo de revisión de hechos probados³².

B. Prueba pericial

Como se dijo, sólo puede invocarse en el recurso de suplicación y al respecto se han suscitado fundamentalmente dos cuestiones, la necesidad o no de que el perito ratifique su dictamen en el proceso y que es lo que sucede ante la existencia de dictámenes contradictorios.

Respecto a la primera cuestión, ya se dijo que, en aras a la garantía legal de contradicción, el informe pericial ha de ser ratificado a la presencia judicial y de las partes, por lo que el documento, unido al proceso, que contenga un dictamen o informe de un perito, no ratificado por éste a través de su presencia en el pro-

vado no impugnado por la parte a quién perjudique, que el artículo 326.1 de la LEC EDL atribuye la fuerza probatoria del documento público, ha de ponerse en relación con el artículo 1.225 del Código Civil, que no ha sido derogado por la indicada Ley 1/2000, y sí el artículo 1.226 del propio Texto Legal, que obligaba a declarar si la firma de un documento estaba o no estampada por el interviniente en el negocio de que se tratare, lo cual lleva a afirmar que los documentos a los que se refiere el artículo 326 son los que aparecen firmados por la parte que debe impugnarlos, no siendo documentos suscritos por terceros, que no podrán ser impugnados o reconocidos por una parte que carece de intervención en su formalización. Es decir lo que supone la nueva Ley a efectos prácticos es que el modo de otorgar valor de documento público al privado suscrito por uno de los litigantes, antes lo constituía la obligación de reconocerlo si se pedía por la contraria, y en la actualidad se le otorga tal valor si no es impugnado por la parte que aparece como firmante del mismo".

32 La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1984 otorga a estos medios de prueba una naturaleza autónoma con entidad propia, no incluíble en la documental, cuyo conocimiento directo corresponde al Juzgador de Instancia y en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1986 ha negado el carácter de documento a las fotografías aportadas al proceso. No es dudoso, porque así lo dice la ley (art. 90.1 LRJS), que cabe admitir como medio probatorio "los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido", salvo que se hubieran obtenido "mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas" y, que, su práctica, de trasladarse al proceso, debe realizarse ante el Juzgado de instancia, a quien corresponde, directamente, la visualización y audición correspondiente al medio mecánico en cuestión. Pero quizá, la propia norma, al admitir entre los medios de prueba que "se encuentran regulados en la ley", "los medios mecánicos de reproducción", está señalando la diferencia existente entre estos medios y los restantes, por lo que pudiera deducirse que, bajo el concepto expreso de documento -que justifica la revisión de hecho en los recursos de suplicación y casación- no deben cobijarse estos medios mecánicos de reproducción.

Reflejo de lo expuesto es la STS 16 de junio de 2011 RUD 3983/2010, en la que se razona que "la grabación de audio y vídeo no tiene naturaleza de prueba documental, a efectos de fundar una revisión de hechos probados" pues, consecuencia del carácter extraordinario del recurso de suplicación "es la limitada revisión de hechos legalmente permitida, que únicamente puede realizarse a la vista de la prueba documental o pericial practicada en la instancia, por lo que la interpretación del concepto de prueba documental, a la vista del carácter del recurso, necesariamente ha de ser efectuada de forma restrictiva". Criterio confirmado en la posterior STS de 6 de abril 2022, rec. 1370/2020, aunque es destacable la STS Tribunal Supremo (Social Pleno), S 23 de julio de 2020, rec. 239/2018, sobre los sistemas de mensajería instantánea.

Sobre las fotografías, pueden verse las SS. del TSJ de Extremadura de 26 de abril de 1995, rec. 114/95 y 13 mayo de 1997, rec. 306/97.

pio proceso, no solamente carece de eficacia probatoria a los efectos de acreditar el error de hecho del Juzgado de Instancia (STS de 30 de septiembre de 1996), sino que, incluso, no participa de la naturaleza jurídica de la prueba de pericia, pero, como se ha visto, ahora la LRJS (art. 93.1) permite eximir de la ratificación de los informes obrantes en expedientes y demás documentación administrativa cuya aportación sea preceptiva según la modalidad procesal de que se trate.

En cuanto a la existencia de dictámenes contradictorios, es constante jurisprudencia (STS de 12 de marzo, 3, 17 y 31 de mayo, 21 y 25 de junio y 10 y 17 de diciembre de 1990, y 24 de enero de 1991, entre muchas otras)–, que ante dictámenes médicos contradictorios o no concordantes, si no concurren especiales circunstancias, hay que atenerse a la valoración realizada por el Magistrado de instancia ya que a él, según el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, le corresponde la apreciación de todos los elementos de convicción del proceso, entre ellos la prueba pericial, según el 348 de la de Enjuiciamiento Civil que dice que “el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”³³.

Como resumen a lo expuesto sobre la modificación de los hechos probados en los recursos de suplicación y casación, de la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo plasmada, entre muchas, en la S. de 5 de junio de 2013, rec. 2/2012, se desprende que es preciso para que prospere la revisión fáctica:

1º.- Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso.

2º.- En segundo lugar, que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado.

3º.- Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida.

4º.- Que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos, y al mismo tiempo ha de proponerse la redacción definitiva para los he-

33 Así pues, como regla general, debe respetarse la valoración del Juez de Instancia, salvo que se hayan olvidado las reglas de la sana crítica de una forma “tan manifiesta y perceptible que nadie racionalmente pueda dejar de percibir” (STS 13 de marzo de 1972 y 17 de diciembre de 1974).

chos modificados.

También, en lo que respecta a la forma de efectuar la revisión fáctica, de la doctrina de suplicación, al igual que la del Tribunal Supremo, sentada en relación a esta función jurisdiccional, puede desprenderse una serie de “reglas básicas”, cuya finalidad es evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia. Estas “reglas” las podemos compendiar del siguiente modo:

1º.- La revisión de hechos no faculta al tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho.

2º.- No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995).

3º.- En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (SSTS 10 de marzo de 1980, 30 de octubre de 1991, 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994). 4º) La revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sean la prueba documental pública o privada en el sentido ya expuesto, y la pericial (artículo 191.b) y 194 de la Ley de Procedimiento Laboral), tal y como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de febrero y 6 de noviembre de 1990, en relación a la prueba testifical y la de confesión judicial, en la que se incluye el supuesto del artículo 94.2 de la Ley de Procedimiento Laboral³⁴.

34 Sin embargo, hay supuestos en los que, aun no basándose en documentos o periciales idóneos, puede lograrse en el recurso la modificación de que tratamos, como es en el supuesto de hechos conformes, en virtud de los cuales se puede apreciar el error de hecho, sin necesidad de apoyatura documental o pericial, cuando el motivo ponga en evidencia que la sentencia ha declarado probados hechos contrarios a los admitidos por las partes, y lo mismo sucede en el caso de hechos notorios, cuya prueba es innecesaria. Igualmente pueden rectificarse los errores materiales o aritméticos, lo cual puede hacerse por la vía de la aclaración o mediante recurso. Así se desprende de lo que expone

Habiéndonos referido antes a las presunciones, cabe mencionar aquí la forma en que pueden combatirse en recurso, bastando con señalar que según la STS 23 de diciembre de 2010, rec. 4380/2009, cuando se ha establecido "una presunción salvo prueba en contrario", el art. 385.2 LEC reconoce la facultad del litigante perjudicado o bien de "probar la inexistencia del hecho presunto" o bien de "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 pretensión".

Por último, para concluir, mencionar que las reglas que acabamos de estudiar sobre la forma y posibilidades de alterar los hechos que se declaran probados en la sentencia de instancia en caso de recuso. No rigen cuando lo que se discute es la competencia jurisdiccional. En este caso nos dice la STS de 6 de febrero de 2009, rec. 11/2008, que "la materia de competencia funcional -que tiene relación con la estructura orgánica de la administración de justicia, y determina qué órganos de distinto grado o instancia deben conocer del asunto litigioso- y objetiva -que atiende a las características de las materias litigiosas, distribuyendo su conocimiento no en razón a la función, sino a los asuntos diferentes- constituye materia de orden público apreciable de oficio y el órgano judicial puede y debe indagar, al margen de las alegaciones de las partes, su propia competencia".

PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ
Sala de lo Social
Tribunal Superior de Justicia de Extremadura
p.bravo@poderjudicial.es
<https://orcid.org/0000-0002-5130-0420>

la STS de 17 de noviembre de 1997 al señalar: "es tan evidente la materialidad del error, que hace innecesaria cualquier nulidad de actuaciones, pues esta Sala, al resolver el fondo del recurso hará la necesaria y suficiente rectificación y dejará cumplido el art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".