SEMINARIO FINAL DE ABOGACIA

MODELO DE CASO - NOTA A FALLO

ALUMNO: AVALOS ALBERTO EDUARDO.-

LEGAJO NRO. VABG117483.-

DNI NRO.: 22.748.517.-

CARRERA: ABOGACIA.-

TEMATICA: CUESTIONES FUNDAMENTALES DEL FUTURO DEL TRABAJO.-

AUTOS: "GARCIA SERGIO DAVID Y OTRO C/ PABSA S.R.L. S/ DESPIDO", Expediente Nro.: CNT 63030/2017 (Juzg. Nº 26).-

TRIBUNAL: CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA VI.-

FECHA DE SENTENCIA DEFINITIVA: 17 de abril 2023.

Sumario: I. Introducción –II. Reconstrucción de la premisa fáctica-III. Historia Procesal-IV. Resolución del conflicto – V. Análisis de la *ratio decidendi* – VI. Antecedentes jurisprudenciales, doctrinarios y legislativos – VII. Postura del Autor– VIII. Conclusión-IX. Bibliografía.

I. Introducción

En la sentencia dictada por la **CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA VI., en autos: "GARCIA SERGIO DAVID Y OTRO C/ PABSA S.R.L. S/ DESPIDO", con fecha 17/04/2023,** motivo de análisis del presente trabajo, se destaca la importancia de la tecnología en su incorporación en el proceso, el modo de ofrecimiento y como la misma puede ser complementada para que sin llegarse a la prueba informática sea valorada por los jueces para acreditar la desvinculación justificada de trabajadores, como en el caso donde los mismos envían imágenes de armas y balas al grupo de WhatsApp de empleados de la empresa como medio de amedrentamiento violento y directo para aquellos compañeros que no hicieren lugar a sus pedidos de no prestar tareas para un cliente determinado del empleador un día domingo.

Si bien, el caso tiene su grado de violencia injustificada, lo que se quiere demostrar es que, aunque en el ámbito nacional no se cuenta con una ley procesal que tenga prescripto el modo de como ofrecer una prueba digital e incorporarla al proceso judicial, ello no es impedimento para ofrecerla y lograr convicción en los juzgadores con otras pruebas complementarias de las establecidas expresamente en los Códigos de rito.

En tal sentido, la empleadora debió certificar por actuación notarial los chats del grupo de WhatsApp donde realizaron las amenazas, lo cual fue ratificado con prueba testimonial, de este modo se logró dar valor probatorio a la prueba digital incorporada como prueba documental con la certificación de un funcionario que da plena fe de sus actos, respetando derechos y garantías Constitucionales (artículos 18 y 19 Constitución Nacional).

Además, se referencian las importantes reformas que introdujo la Ley 15.057, que regula el procedimiento laboral en la provincia de Buenos Aires, como la posibilidad de

ofrecimiento de prueba digital constitucional haciendo así lugar al principio de gratuidad de las actuaciones (art.39 inc.3 Constitución de la provincia de Buenos Aires, art. 1, 47 y 48 Ley 15.057, y art. 20 LCT, entre otras).

II. Reconstrucción de la premisa fáctica.

El señor EMILIANO JOSÉ RODRÍGUEZ y SERGIO DAVID GARCÍA ingresaron a prestar tareas para la empresa PABSA S.R.L., con fecha 17 de julio de 2009 y 16 de marzo de 2011, respectivamente; se desempeñaron en la categoría OPERADOR ESPECIALIZADO y la relación laboral se rigió por el CCT 419/05, cumplieron una jornada habitual de ocho horas diarias, de lunes a sábado. Fueron despedidos con invocación de causa, a través de misivas que la empresa les envió el día 07 de marzo de 2017. De la comunicación enviada a RODRÍGUEZ y GARCIA, surge que la empresa justifico los despidos porque el día 17 de febrero del año 2017 habrían enviado a un grupo de WhatsApp compuesto por compañeros de trabajo imágenes violentas (portando en las manos armas de fuego y municiones) y audios que tenían por objeto intimidar a los integrantes de ese grupo de WhatsApp para que no concurran el día domingo 19 de febrero de 2017 a colaborar con la empleadora para solucionar una faltante de stock que afectaría la producción de un cliente importante, dado que la empresa funciona con la modalidad de producción "justo a tiempo".

Ambos (litisconsortes) iniciaron acción contra la empresa PABSA S.R.L (demandada), por despido ante el Juzgado del Trabajo con competencia en Capital Federal.

Aunque los actores negaron haber enviado las imágenes atribuidas, sustentaron su reclamo en que dichas imágenes habrían sido obtenidas por la empresa demandada incurriendo en una intromisión indebida en su privacidad, ya que el WhatsApp era privado y la empleadora era ajena a ese grupo, además sus titulares no habían autorizado su difusión, de modo que no podía valerse de la fuente de prueba utilizada (imágenes y audios de WhatsApp), porque no fueron dirigidos a la empresa, por lo cual el fundamento a su despido con causa violaría el derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia privada, garantizados en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y artículo 1770 del Código Civil y Comercial de la Nación. En razón de ello, reclamaron rubros salariales e indemnizatorios entendiendo que sus despidos no fueron justificados.

La demandada reconoció que con fecha 07 de marzo de 2017 despidió a los mencionados trabajadores con invocación de causa. Explica que ante la detección de una faltante de stock, el Gerente de producción le solicito al personal del turno tarde para que prestaran servicios (horas extraordinarias) el día 18/02/2017 y domingo 19/02/2017 para normalizar el stock y varios de ellos le comunicaron que tenían miedo de trabajar por los mensajes que estaban recibiendo en un grupo de WhatsApp de empleados denominado Magna VW que tenía 41 integrantes, enviándosele capturas de pantalla con diferentes textos e imágenes. Ante ello, se labraron dos actas notariales por medio de una escribana que certifico esos chats e imágenes y los teléfonos de donde provenían, para ello se abrió la aplicación de WhatsApp del celular de unos de los operarios (Jorge Hernán Gómez) que lo entrego en forma espontánea, procediéndose a constatar que los actores habían enviado las imágenes portando armas de fuego y balas para amedrentar e intimidar a sus compañeros de trabajo. De este modo, la empresa considero que la relación laboral no podía continuar porque se violaron deberes de conducta y colaboración.

III. Historia Procesal.

El juez de primera instancia (Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N°26), rechazo la demanda en lo sustancial, entendiendo que la fuente de prueba, las imágenes y audios de WhatsApp, compartidos a la empresa por uno de sus destinatarios no eran confidenciales, por lo tanto eran admisibles y que la demandada no los obtuvo de manera arbitraria e ilegal, sino que el procedimiento llevado a cabo por la escribana, tratándose de una escritura pública hace plena fe sobre los hechos constatados, los cuales fueron ratificados por el testigo que declaro bajo juramento de ley.

Contra dicha sentencia, la actora como la demandada recurren a instancia superior, la primera de ellos por la desestimación de todos los rubros salariales e indemnizaciones peticionados, mientras que la segunda porque fue condenada a abonar la multa prevista en el art.80 de la Ley 20.744.

IV. Resolución del conflicto.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, conformada por la jueza GRACIELA LUCIA CRAIG y el juez CARLOS POSE, rechazan el planteo de la actora y confirman la sentencia de primera instancia, nuevamente valorando los medios de prueba, con lo cual encontraron justificado el despido por injuria laboral, demostrada con las imágenes violentas e intimidatorias enviadas por WhatsApp.

De este modo, se obtuvo una doble conformidad en cuanto al rechazo de la demanda de los actores.

V. Ratio decidendi.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Capital Federal, resolvió por unanimidad, adhiriendo el Juez Pose al voto de la Dra. Graciela Lucia Craig.

Entendieron que los argumentos expuestos por la parte actora desde la supuesta intromisión indebida de la demandada en la obtención de las capturas de pantallas del grupo de empleados de WhatsApp, hasta la ausencia o falta de denuncia penal y de sanciones laborales, como el hecho de prestar tareas un día domingo, no constituían circunstancias para justificar la acción de los actores.

Por el contrario, la gravedad de la conducta de los actores, constituyo injuria laboral, lo que impedía continuar con la relación laboral, toda vez que la demandada también tiene el deber de proteger a sus otros empleados, conforme el principio de seguridad y protección.

Para así decidir, tuvieron en cuenta las pruebas, valorando tanto la prueba digital utilizada, imágenes y audios de WhatsApp, que aunque no fueron dirigidos a la empresa, no los obtuvo en forma ilegal sino que fue aportada por uno de los destinatario (operario) y certificada con acta notarial, con ello se justificó la violencia que ejercieron los actores para que algunos empleados no se presentaran a cumplir con su tarea laboral, siendo ratificado por el testigo (prueba testimonial) el caso en cuestión. –

VI. Antecedentes jurisprudenciales, doctrinarios y legislativos.

El avance de las nuevas tecnologías de la información y comunicación de naturaleza electrónica, como ser correos electrónicos, Facebook, SMS, WhatsApp, videograbaciones, entre otros, se han ido metiendo en la vida cotidiana de las personas, y con ello vamos dejando registros que pueden ser evidencia digital en un proceso judicial.

La evidencia digital es la información o los datos que han sido almacenados o transmitidos en un formato digital o a través de un medio informático y que poseen valor probatorio. Es por ello, que en nuestro país necesitamos que las normativas procesales regulen su forma de incorporación al proceso (prueba electrónica), toda vez que como en el caso tratado, ante el vacío legal, se debió acudir a normas supletorias, como lo dispone el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su art. 378 que dice: “La prueba

deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. **Los medios de prueba no previstos** se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez".

Al analizar el tema específico de la forma de incorporación al proceso de los medios de prueba que aportan los medios digitales y virtuales, denominados genéricamente como "nuevas tecnologías", vemos que esta realidad se vio plasmada en el ámbito judicial, cuando las partes comenzaron a presentar ante los Tribunales correos electrónicos y que en la actualidad se han extendido a mensajes de WhatsApp, videos, audios, imágenes de redes sociales, páginas web, etc. En la práctica, es común que se ofrezcan como pruebas capturas de pantallas de mensajes, imágenes y otros, pero recordemos que por sí solos no gozan de la validez que debe reunir la prueba informática, cuyos requisitos básicos son: INTEGRIDAD, AUTORIA y LEGALIDAD, por eso una alternativa es complementarla con otros medios de prueba, como se verá más adelante.

Al respecto, en el fallo "Henry Hirschen y Cia S.A. c/Easy Argentina S.R.L.", se dijo que la sola impresión simple del correo no posee fuerza convictiva suficiente. Es por tanto que ante la incertidumbre y por conveniencia de rigor que implica la oportunidad procesal este documento electrónico debe ser acompañado con una certificación de notario (que de fe de los datos del remitente, receptor, fechas y demás datos).

Por eso, las pretensiones solamente no se pueden basar en prueba digital, (todo dato o información generada por un sistema informático que se encuentra almacenada en dispositivos informáticos), ya que se obtiene y se preserva de un modo diferente a todo otro tipo de evidencia (física) porque esta almacenada en un soporte electrónico. Esa circunstancia implica que la prueba electrónica tiene características particulares que exigen que la extracción de la misma sea realizada por personal experto, que tengan conocimientos especiales para no contaminarla y las herramientas forenses necesarias a los fines de asegurar la recolección pertinente, la extracción correcta y la preservación adecuada.

La prueba digital es volátil, alterable o modificable y fácilmente duplicable. La volatilidad es una de las características más relevantes de la evidencia electrónica y debe

interpretarse en términos de inestabilidad de la prueba. La evidencia digital tiene una capacidad amplia y fácil de transformarse y si no se toman los recaudos necesarios, puede eliminarse total e inmediatamente. La posibilidad de que eso suceda significaría que la prueba pierda valor probatorio o que desaparezca por completo como evidencia de un hecho, y solo se puede recuperar a través de herramientas forenses adecuadas y el conocimiento especial.

No obstante, de encontrarnos frente a una prueba volátil y de fácil alteración o desaparición y que quizás no reúna los requisitos del documento digital o electrónico, cuyo concepto lo brinda el punto 3. del glosario que obra en el Anexo I del Decreto 2628/2002 que reglamenta la Ley 25.506 de Firma Digital, (que establece en su parte pertinente que "se entiende por documento digital (o electrónico) a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte: utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura" (artículo 6 Ley 25.506); ello no resulta impedimento para ser ofrecidos, conforme el principio de libertad probatoria y poder ser valorado por el juzgador.

En ese sentido, es importante el reconocimiento que hizo el fallo "Skillmedia SRL c/Estudio ML SA s/Ordinario" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial-Sala D, donde el Tribunal afirmo que "No es posible negar valor probatorio a un correo electrónico, en tanto si bien, como regla, no puede asignársele valor probatorio a un e-mail que no cumple con los requisitos de los arts. 2 y 5 de la Ley 25.506 sobre firma digital, ya que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial en la formación del denominado documento electrónico, lo cierto es que no existe impedimento para que, en ciertos casos, igualmente pueda ponderárselo como medio de prueba cuando su contenido aparece verosímil de acuerdo a las restantes pruebas del proceso y la sana critica".

Ello se corresponde con lo dispuesto en el artículo 319 del Código Civil y Comercial de la Nación que dice: "El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen". También dentro del marco que establecen las

reglas de la sana critica, en el artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. -

La jurisprudencia, en el conocido caso "Bunker Diseños S.A. c/IBM Argentina S.A., s/ordinario", de la Cámara Nacional en lo Comercial, ha dicho que "el valor probatorio del correo electrónico ocupa un lugar preeminente a partir de la vigencia de la Ley 25.506 los documentos con firma digital, en tanto su valor probatorio es equiparable al de los instrumentos privados y se presume la autoría e integridad del mensaje, correspondiendo a la otra parte destruir tales presunciones (v. Hocsman, H. "Negocios en Internet", cap.II, nro. 63.b.pgs.162/164,ed.2005)"; y agrego que "aun cuando en este caso se trata de documentos que carecen de firma digital a los que no puede otorgarse un valor de convicción preeminente por no cumplir con los requisitos de los arts. 2 y 5 de la Ley 25.506 sobre firma digital puesto que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial de autenticidad (conf. Esta sala, 16.02.2007 "Henry Hirschen y Cia. S.A. c/Easy Argentina S.R.L." (…) no existe impedimento para que se los ofrezca como medio de prueba (c.p.c 378:2), considerándoselos principio de prueba por escrito como había aceptado la doctrina de los autores antes de la sanción de la citada ley nro. 25.506. Tal valor probatorio se sustenta en las normas del c.c. 1190, 1191, 1192, pues, aunque por no estar firmados no alcancen la categoría de documento privado es admisible su presentación en juicio para probar un contrato siempre que emanen del adversario, hagan verosímil el hecho litigioso y que las restantes pruebas examinadas a la luz de la sana critica corroboren su autenticidad". Por lo tanto, es decisiva la prueba complementaria que se produzca merituada conforme con los criterios de la sana crítica.

Estas pruebas complementaria o alternativas pueden ser: a) Pericial: solicitando la intervención de un perito informático; b) Informativa: solicitados al Proveedor del servicio de Internet; c) Testimonial: solicitando a los testigos que reconozcan contenidos de mensajes; d) Acta Notarial: acta pasada ante escribano público; e) Reconocimiento Judicial: diligencias de constancia realizadas en el propio órgano consolidando la denominada fe pública judicial; entre otros.

Actualmente, se está acudiendo a Los "terceros de confianza", denominándose "nuevos actores", que han tomado gran trascendencia cuando se requiere probar la ocurrencia o no de ciertos sucesos u actos que suceden en el entorno digital y que puedan ser eventualmente controvertidos.

Mención especial merece la Ley 15.057, que regula el procedimiento laboral de la provincia de Buenos Aires, respecto de la incorporación de medios digitales y virtuales al proceso laboral y la verificación de su autenticidad (aunque si bien se encuentra en vigencia no es operativa, conforme lo señala los considerandos de la Resolución 3199/19 SCBA, con fundamento en la inexistencia actual de las Cámaras del Trabajo, y que hasta tanto sean creadas), que en su **ARTÍCULO 47 establece: "**Cuando deba recurrirse a medios de prueba no previstos en esta ley, se proveerán y producirán conforme a las disposiciones establecidas en otros ordenamientos en los que estén previstos en tanto no colisionen con las disposiciones aquí determinadas, o en su defecto en la forma establecida por el Juez. Estas pautas se aplicarán especialmente para la incorporación al proceso de los medios de prueba que aportan los **medios digitales y virtuales**. Se consideran tales los correos electrónicos, los mensajes de texto, los mensajes de voz, las páginas oficiales de red informática, videograbaciones, siendo la presente una mera enunciación ejemplificativa. En su caso, el Juez podrá disponer: a) Prueba anticipada sobre medios digitales o virtuales a los efectos de no frustrar su incorporación al proceso. b) De manera excepcional, mediante petición debidamente fundada, el secuestro de los elementos de hardware, siempre que el perito designado no pueda generar una copia de la información a peritar o el cotejo judicial sobre las páginas oficiales de red informática acompañadas en copia simple e individualizadas sus direcciones. Para denegar este tipo de pruebas el Juez deberá fundar el rechazo".

Otra novedad, estipulado en el artículo 48 Ley 15.057, es la presunción en contra del empleador que genera la falta de colaboración en la puesta a disposición de estos medios tecnológicos (se negase a exhibirlos o intencionalmente no los hubiere preservado), invirtiendo en tal sentido la carga de la prueba, concordante con lo prescripto en el artículo 387 del CPCCN. Así, el imperativo jurídico ya no solo implica una carga que pesa a la parte que lo alega, sino que además constituye una obligación que alcanza incluso a terceros brindar por ejemplo un documento electrónico, siempre que sea esencial en la litis.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que la prueba digital es volátil, de fácil alteración o supresión, es sumamente relevante efectuar medidas preliminares para su resguardo. Así, podría solicitarse una **PRUEBA ELECTRONICA ANTICIPADA**.

La Cámara Nacional en lo Comercial, considero en el caso “D.V.A.A.G. C/C.S.R.L. S/D.P.”, que la propia naturaleza y vulnerabilidad de registros informáticos es suficiente para tener por fundado el temor de que exista peligro cierto de que el transcurso del tiempo torne dificultosa o imposible la producción ulterior de la prueba. Agregando que admitir la producción anticipada de la prueba en modo alguno implica asignarles virtualidad probatoria frente a los hechos controvertidos, aspecto este sobre el que la demandada siempre tendrá ocasión de ser oída con anterioridad a que se dicte cualquier resolución de mérito.

En el fallo “R.P., E.C. c/C.L., S.H. s/Divorcio y exclusión de cónyuges./diligencia preliminar, del 03/09/2009”, al solicitar una prueba informativa anticipada respecto de información que se encontraba bajo el control de la contraparte, el tribunal considero que “la facilidad con que los registros informáticos podían ser borrados fácilmente o afectados por virus hacían verosímil el peligro en la demora y justificaban la obtención de la prueba informativa de forma anticipada e in audita parte”.

Cuando la prueba anticipada sea solicitada por el trabajador, tratándose de un sujeto de preferente tutela constitucional, a los efectos de preservar la integridad de la misma y así evitar la pérdida de ella y además garantizar el acceso a la justicia, se deberá tener en consideración el principio de gratuidad.

Finalmente, es importante destacar que en nuestra legislación, tanto la mensajería instantánea como virtual, se equiparán a la correspondencia que establece el artículo 318 CCCN. Consecuentemente, gozan de la protección constitucional que otorga nuestra norma suprema en los artículos 18 y 19. Esta garantía implica que las medidas que se adopten para la obtención de prueba digital deberán ser legal. Con relación a ello, en el Código Penal se introdujeron los artículos 153, 153 bis, 154, 155 delitos penales que castigan el uso o acceso indebido de la comunicación electrónica, en protección de bienes jurídicos, tales como los secretos y la privacidad. En el Código Procesal Penal Federal, en su art. 134 establece: “Podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba, salvo que se encuentren expresamente prohibidos por la ley. Además de los medios de prueba establecidos en este Código se podrán utilizar otros, siempre que no vulneren derechos o garantías constitucionales y no obstaculicen el control de la prueba por los demás intervinientes.”

Cabe aludir a lo dicho por salas A y D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial in re "Vazquez, Walter Manuel c. Pomeranec, Diego Esteban" y "Baires Inter Trade S.A. c. Otro Mundo Brewing Company S.A. s/medida precautoria", donde se sostiene que "Los Correos electrónicos que no son propios y que tampoco fueron dirigidos a la dirección de e-mail de quien los ofrece como prueba, no puede acogerse favorablemente al fin probatorio, pues lo contrario resultaría una violación a la intimidad de la correspondencia conforme el art. 19 de la Constitución Nacional". Mismo razonamiento sigue la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal in re "Lanata, Jorge Ernesto s/desestimación" y "Grimberg, Alfredo H. s/sobreseimiento" cuando concluye la invalidez de los mismos por no contar con la previa orden judicial que autorice su allanamiento.

En virtud del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la inviolabilidad de la correspondencia epistolar, inclusive los mensajes que constituyen prueba electrónica, también se encuentran protegidos convencionalmente por los Tratados Internacionales con jerarquía Constitucional, específicamente en: el Art X) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; el art. 17 de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos; el art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño y por el art. 22 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

VII. Postura del Autor.

Entonces, conforme disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y distintas decisiones jurisprudenciales, se puede aportar prueba por medio de las nuevas tecnologías, conforme el principio de libertad probatoria y teniendo en consideración que la enunciación de las mismas no es taxativa sino enunciativa, con lo cual no está prohibida su inclusión, por eso actualmente la justicia ha aceptado a estos elementos de prueba digital como prueba de comunicación fehaciente en una relación laboral, como la comunicación de una enfermedad profesional o que se va a contraer matrimonio CNT sala VII-Villamil Maria Celeste c/Panatel S.A. s/Despido, y Sala II-Ballestero Guadalupe Gloria c/La Cja de Ahorro s/Despido.

No obstante, el ofrecimiento de las fuentes de prueba electrónica dependerá de la estrategia procesal que se utilice para otorgarle eficacia y que generen convicción en los juzgadores, de forma que la ponderen para llegar a la verdad material.

Es por ello que es fundamental para logar la convicción del juez, complementarlo con otros medios probatorios (los expresamente establecidos por las normas de forma) e incluso con prueba anticipada para resguardarlo de intentos de alteración o supresión de los elementos probatorios.

En ese mismo lineamiento, no escapa a la realidad que la prueba informática, no solo generan grandes costos sino un dispendio de tiempo en el proceso, como también incertidumbre en su resultado. Por ejemplo en el caso particularmente de WhatsApp, que es un medio de comunicación instantáneo multiplataforma utilizado a nivel mundial bajo el esquema "freeware", aplica en los protocolos de seguridad y encriptación de datos un cifrado "end-to-end", lo que significa en simples palabras que ni la propia prestadora del servicio puede acceder al contenido de los mensajes que allí se generan, ya que este cifrado varia todo el tiempo entre los usuarios del servicio. Por eso se desaconseja oficiar a la empresa WhatsApp.

En cambio, se la puede complementar con otros medios de prueba, como fue en el caso del fallo en análisis, donde se acudió A LA PRUEBA TESTIMONIAL y al ACTA NOTARIAL, también tenemos que tener en cuenta que para que sea válido, deberá reunir una serie de datos como la verificación de quienes son los portadores de los celulares, ya que al instalarse esta aplicación crea una cuenta de usuario utilizando su número de teléfono como nombre de usuario (Jabber ID…)…Los mensajes de imagen, audio, o video se envían subiendo dicho contenido a un servidor HTTP y enviando un enlace a aquel. Es decir, lo primero que se debe corroborar es la titularidad de los números de teléfonos, cuyos mensajes se quieren aportar como prueba al proceso.

No debemos olvidarnos que se ha considerado a estos mensajes como correspondencia (art.338CCC) y consecuentemente se encuentra amparada por el art. 18 y 19 de la CN que consagra la garantía de la inviolabilidad de la misma, por lo que debe ser legalmente obtenido, como se expuso en el fallo "Szilagyi Cazzulani María Ángeles c/Be There Argentina S.A. y otro/ordinario/despido", expediente n°3350238 Juzgado de Conciliación de primera Nominación Secretaria 1-Cordoba Capital-, que para ser admitido como prueba debe haber sido "legalmente" obtenida por quien lo presenta, y

que la misma no sea de carácter confidencial, en cuyo caso se requiere el consentimiento del remitente o en su defecto de orden judicial. En este caso se trata de una captura de pantalla el propio teléfono de la trabajadora, por cuanto se concluye que la legalidad de su obtención es indiscutible.

El problema surge cuando la prueba se halla en poder del empleador, o de un tercero, donde además de su obtención legal se deberá verificar la autenticidad de la misma.

VIII. Conclusión.

La problemática del fallo bajo análisis giro en torno a la valoración de la prueba digital o electrónica, incorporada al proceso, a través de imágenes de capturas de pantalla de Whatsapp, las cuales fueron certificadas por una escribana y posteriormente, ratificadas mediante declaración testimonial, durante la etapa de prueba en el proceso judicial.

Al momento de resolver la controversia, tanto el juez de primera instancia como el Tribunal Superior, rechazaron los planteos de la parte actora, considerando que la prueba digital era válida para conformar convicción sobre la verdad de los hechos, toda vez que al estar certificada por una notaria, otorgaba plena fe sobre dicho acto, lo cual fue reforzado con el testimonio de uno de los testigos, destinatario de las imágenes de Whatsapp, que las exhibió en forma voluntaria.

La realidad imperante en cuanto al exponencial uso de la tecnología por parte de las personas, ha llevado a generar evidencia digital, la cual puede ser ofrecida como prueba ante un conflicto, reclamo o controversia, y aunque actualmente no se encuentre regulada por el derecho, los juzgadores no pueden dejar de resolver las causas, ya que ante un vacío legal se tendrá que dejar de lado el rigorismo formal para dar lugar a la analogía y conjugar el plexo normativo para arribar a la resolución, tal como sucedió en el presente fallo. Entonces, hasta que la normativa de forma se modifique según la jurisdicción, se podría aplicar por analogía lo prescripto en el artículo 378 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para resolver en casos similares al analizado.

IX. Bibliografía

a. Legislación.

Ley N°24.430, Constitución de la Nación Argentina.

Ley Nº26.994 (2014) “Código Civil y Comercial de la Nación. Gobierno de la Nación Argentina” (BO 07/10/2014).

Ley N°17.454 (1967) “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (BO 20/09/1967).

Ley N°20.744 (1976) y modificaciones. Ley de Contrato de Trabajo. (BO 13/05/1976).

Ley 15.057 (2018) nuevo Procedimiento Laboral en la Provincia de Buenos Aires. Deroga la Ley N°11.653. Modifica Ley N°5827. (BO 27/11/2018).

b. Jurisprudencia

CNAT, “GARCIA SERGIO DAVID Y OTRO C/ PABSA S.R.L. S/ DESPIDO”, Expte. N°: 63030/2017 (Juzg. Nº 26), (17/04/2023).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial-Sala D, “Henry Hirschen y Cia S.A. c/Easy Argentina S.R.L.” (16/02/2007).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial-Sala D, “Skillmedia SRL c/Estudio ML SA s/Ordinario” (13/03/2018).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial-Sala D, “Bunker Diseños S.A. c/IBM Argentina S.A., s/ordinario”, (02/03/2010).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial-Sala de Feria, “D.V.A.A.G. C/C.S.R.L. S/D.P.” (15/01/2009).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil-Sala J, “R.P., E.C. c/C.L., S.H. s/Divorcio y exclusión de cónyuges./diligencia preliminar” (03/09/2009).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial-Sala A y D “Vazquez, Walter Manuel c/Pomeranec, Diego Esteban” (29/04/2008).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial-Sala D, “Baires Inter Trade S.A. c/ Otro Mundo Brewing Company S.A. s/medida precautoria” (04/10/2007).

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo -Sala VII-“Villamil Maria Celeste c/Panatel S.A. s/Despido” (07/08/2015).

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo - Sala II- “Ballestero Guadalupe Gloria c/La Caja de Ahorro s/Despido”. (11/08/2015).

Juzgado de Conciliación de primera Nominación Secretaria 1-Cordoba Capital-“Szilagyi Cazzulani Maria Angeles c/Be There Argentina S.A. y otro/ordinario/despido”, expediente n°3350238. (20/07/2017).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional -Sala VI, “Lanata, Jorge Ernesto s/desestimación” (04/03/1999).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional -Sala I “Grimberg, Alfredo H. s/sobreseimiento” (11/02/2003).

c. Doctrina

Definición del FBI: “Digital Evidence: Information of probative value stored or transmitted in digital form.” https://archives.fbi.gov/archives/about-us/lab/forensic-science communications/fsc/april2000/swgde.htm.

“El desafío de la prueba electrónica en el proceso judicial la extracción de prueba electrónica de teléfonos celulares y la garantía de defensa en juicio”, por Carla PaolaDonneenhttps://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/dossier-el-desafio-de-la-prueba-electronica-pdf).

“Los e-mail como fuentes de prueba en el proceso judicial. Un análisis acerca de su validez, confiabilidad y seguridad”, por Dra. Ivana Yasmina Zamara, elDial.com-DC26BA.Publicado el 21/12/2018.

“Medios de prueba que aportan las nuevas tecnologías en el nuevo procedimiento laboral para la provincia de Buenos Aires”, por Dra. Matter, Graciela Susana, Rubinzal-Culzoni RC D 6/2019.

PÉREZ-TOMÉ, S. M. y SÁNCHEZ VALDEÓN M. Cifrado de WhatsApp y aportación de prueba. Pag. 106. Recuperado de: https://ecija.com/wpcontent/uploads/2016/09/EBOOKSept16PruebaElectronicagran-final.pdf

“Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil.”, por el Dr. Gaston E. Bielli, publicado en la tapa de la edición especial Diario La Ley, de fecha 29 de octubre de 2018.