

# La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus efectos sobre el despido\*

Illicit evidence in the labor process. Its effects on dismissal

Juan Antonio Altés Tárrega

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universitat de València. Estudi General*

ORCID ID: 0000-0003-1530-8545

Fernando Fita Ortega

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universitat de València. Estudi General*

ORCID ID: 0000-0001-5462-6859

Recibido: 18/4/2022

Aceptado: 21/6/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7063>

*Resumen:* El presente trabajo se adentra en la espinosa cuestión de los efectos de la prueba ilícita en el procedimiento laboral, especialmente en los procedimientos de despidos. Se trata de una cuestión controvertida que ha llevado a tomar posturas contrarias en la doctrina judicial, tomando como base para sus argumentaciones las mismas fuentes jurídicas, lo que nos ponía a la espera de que un tribunal superior tomara una decisión al respecto que unificara esta doctrina. El Tribunal Constitucional ha podido hacerlo en la STC 61/2021 y, sin embargo, ha optado por un juicio salomónico que deja la decisión final en manos del Tribunal Supremo. A lo largo de este estudio se analiza tanto el régimen jurídico de la prueba ilícita como las soluciones judiciales que califican sus efectos con el fin de avanzar la posible solución del Tribunal Supremo.

*Palabras clave:* prueba ilícita; despido; nulidad; improcedencia.

*Abstract:* This paper delves into the thorny issue of the effects of unlawful evidence in labour proceedings, especially in dismissal proceedings. This is a controversial issue that has led to opposing positions in judicial doctrine, using the same legal sources as a basis for their arguments, which has made us wait for a higher court to decide on the matter that would unify this doctrine. The Constitutional Court could have done so in STC61/2021 and, nevertheless, opted for a Solomonian judgement that leaves the final decision in the hands

---

\* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PGC2018-094912-B-I00 (VITRAGE), financiado MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa”.colectivos y Seguridad Social” (DER2016-77772-P).

of the Supreme Court. Throughout this study, both the legal regime of unlawful evidence and the judicial solutions that qualify its effects are analysed in order to advance the Supreme Court's possible solution.

*Keywords:*

unlawful evidence; dismissal; invalidity; unfairness.

## Introducción

La Constitución Española incluye, dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el derecho de los ciudadanos a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE). Este derecho se desarrolla en la normativa procesal reconociendo el derecho de las partes en el proceso a servirse de cuantos medios de prueba, de entre los legalmente admisibles, que necesiten, con objeto de acreditar los hechos controvertidos o que requieran prueba (art. 90.1 LRJS). No obstante, esta facultad se encuentra limitada. De una parte, no cabe admitir aquellas pruebas que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, o por tratarse de actividades prohibidas por ley, hayan de considerarse impertinentes, ni aquellas inútiles que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (art. 283 LEC). De otra, tampoco son admisibles las pruebas ilícitas, objeto de estudio, por tratarse de pruebas en cuya obtención se hubiesen vulnerado derechos fundamentales (art. 287 LEC y 90.2 LRJS).

Los efectos derivados de la falta de observancia de las anteriores reglas en materia probatoria son bien diferentes, pues, mientras que en el caso de las pruebas impertinentes no se prevé ninguna consecuencia en relación con su indebida admisión, en relación con la prueba ilícita procederá la declaración de nulidad de la prueba, lo que suscita el debate de la posible extensión de la contaminación de la nulidad al resto del procedimiento.

La prueba ilícita aparece en varios preceptos de nuestra legislación procesal. Así, el artículo 287 LEC, intitulado "*ilicitud de la prueba*", se refiere a las pruebas admitidas que se hubieran obtenido vulnerando derechos fundamentales. De otro lado, el artículo 283.3, bajo la rúbrica "*impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria*", se refiere a la inadmisión de cualquier actividad prohibida por la ley. Por su parte, el artículo 90.2 de la LRJS vincula la ilicitud de la prueba a que la misma tenga su origen o que se hubiera obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Y, finalmente, el artículo 11.1 de la LOPJ niega toda eficacia probatoria a las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

En cualquier caso, debemos distinguir entre aquellas pruebas que resultan contrarias a la ley ordinaria y las que poseen una relevancia constitucional, al suponer una lesión de derechos y libertades fundamentales, pues solamente respecto de estas últimas se establece que no podrán surtir efecto alguno (art. 11.1 LOPJ)<sup>1</sup>. Esta medida persigue di-

---

<sup>1</sup> Es el caso de la SAN 6 febrero 2019 (Proc. núm. 318/2018, Sala de lo Social) sobre la nulidad de la implantación del sistema de geolocalización previsto por la empresa, por considerar la Sala que no supera el juicio de proporcionalidad al no resultar la medida, en el caso debatido, el juicio de necesidad, existiendo

suadir, a las partes de un proceso, de la infracción de los derechos fundamentales, ya que no les interesará de ningún modo hacerlo debido a la imposibilidad de obtener ventajas de esa actuación de cara a lograr posteriormente el convencimiento del tribunal<sup>2</sup>. Por el contrario, la falta de cumplimiento, en la obtención de la prueba, de aquellas normas que no impliquen una vulneración de los derechos fundamentales solamente podrá alcanzar relevancia constitucional desde la perspectiva de la prohibición de la indefensión<sup>3</sup>.

Así pues, pese a la literalidad del artículo 283.3 LEC, que da a entender que prueba ilícita es toda aquella que se obtiene o practica con infracción de cualquier precepto legal, incluso de la legalidad ordinaria, debemos concluir con la SAP de Madrid de 13 de mayo 2008 (R<sup>o</sup> 236/2008, Sala de lo Civil)<sup>4</sup> que este precepto no establece un concepto amplio de prueba ilícita, puesto que *el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad*, lo que comporta limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales, tal y como sucede en la mayoría de los ordenamientos jurídicos<sup>5</sup>. En definitiva, como tempranamente avanzase el Tribunal Constitucional, siendo la prueba un derecho fundamental (art. 24.2 CE), su ejercicio solo puede ser limitado por el deber de respeto que merecen otros derechos de la misma categoría, sin que exista un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita<sup>6</sup>.

El concepto de *medios de prueba pertinentes* al que se refiere el art. 24.2 de la Constitución pasa de esta forma a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio obtenido con vulneración de derechos fundamentales<sup>7</sup>. De este modo, tal y como destacamos en la conclusión de este trabajo, debe exigirse al juez de instancia, que es quien debe velar por la protección de los derechos fundamentales de las partes, que inadmita la proposición de pruebas que se hubieran obtenido con vulneración de derechos fundamentales.

---

medias alternativas que suponen una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados. Igualmente, entre muchas otras, STSJ de Madrid de 13 mayo 2016 (R<sup>o</sup> 282/2016, Sala de lo Social) sobre examen de disco duro de ordenador que dio lugar a acceder a una cuenta privada del trabajador.

<sup>2</sup> González-Cuéllar Serrano, Nicolás., *La prueba en el proceso administrativo*, Madrid, Colex, 1992, pp. 75 y 76.

<sup>3</sup> STC 64/1986, de 21 de mayo.

<sup>4</sup> Recogida por la STS de 6 febrero de 2013 (R<sup>o</sup> 61/2010, Sala de lo Civil).

<sup>5</sup> Armenta Deu, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Barcelona, Marcial Pons, 2009, p. 84.

<sup>6</sup> STC 114/1984, de 21 de diciembre, en la que se indica que *la imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos*. En todo caso, la más reciente STC 97/2019, de 16 de julio, ha suscitado numerosas críticas y dudas acerca del mantenimiento de la doctrina sustentada en la STC 114/1984, tal y como posteriormente se analiza.

<sup>7</sup> Fernández Acebo, María Dolores. *La tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano*. A Coruña, 2013, p. 237. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/11704>

## 2. Las consecuencias de la prueba ilícita por violación de derechos fundamentales en el proceso del despido

Debemos preguntarnos ahora qué consecuencias tiene la prueba declarada ilícita por vulnerar derechos fundamentales en el proceso por despido. En concreto nos referimos a un supuesto bastante común que puede describirse de la siguiente manera: la empresa lleva a cabo un despido disciplinario basándose en hechos sobre los que ha tenido conocimiento mediante el uso de nuevas tecnologías, especialmente mediante imágenes obtenidas por cámaras de videovigilancia o mediante el acceso al ordenador del trabajador u a otros dispositivos y en el proceso subsiguiente se declara dicha prueba ilícita por vulnerar derechos fundamentales del trabajador (derecho a la intimidad y/o a la protección de datos personales). ¿Cómo afecta la declaración de prueba ilícita por violación de derechos fundamentales a la calificación del despido?

Básicamente, el debate enfrenta la tesis de la “irradiación de la ilicitud de la prueba a la calificación del despido”, en base a la cual el despido debería de declararse nulo, con la tesis de “independencia de la ilicitud de la prueba en la calificación del despido”, que limita la nulidad a la prueba, que no se tendrá en cuenta en la calificación del despido, por lo que éste en atención, a las circunstancias concurrentes podrá considerarse nulo, procedente o improcedente<sup>8</sup>.

Estas tesis y la discusión doctrinal y judicial que la rodean tienen su origen en la jurisprudencia constitucional sobre la prueba prohibida en el orden penal y su afectación al derecho de presunción de inocencia y al derecho a un proceso con todas las garantías contenidos en el art. 24.2 CE; y en la indefinición legal en la materia.

El origen de esta construcción jurisprudencial y de la normativa antes mencionada se sitúa en la STC 114/1984, de 29 de noviembre que, paradójicamente, no tiene como trasfondo un delito penal, sino un conflicto laboral por el despido de un trabajador en base a unas declaraciones grabadas sin su consentimiento. El Tribunal vino a establecer, ante la ausencia de criterios constitucionales y legales sobre la materia, que, la ineficacia de la prueba ilícita no derivaba de la violación originaria del derecho fundamental. Este tipo de pruebas deben ser excluidas en tanto que conculcan el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, y atentan contra el principio de igualdad de las partes en el proceso (art. 14 CE), “*desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales del otro*”. Por tanto, la ineficacia de la prueba ilícita constituye una garantía autónoma, aunque implícita en el sistema del art. 24 CE. Pese a su carácter eminentemente procesal, el Tribunal reconoce que la admisión de la prueba ilícita no resulta indiferente al ámbito de los derechos fundamentales. Existe así un vínculo entre el ámbito procesal y el material, que impide negar “*toda relación entre el efecto procesal y la vulneración del derecho de la que deriva*”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Lousada Arochena, José Fernando. La prueba ilícita en el proceso laboral [en línea]. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 11, 2006, p. 4/11 y 5/11.

<sup>9</sup> Asencio Mellado, José María. La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita [en línea]. *Diario La Ley*, 9499, 2019, p. 10/19.

Como puede observarse, no se establecen los efectos que conlleva tal declaración de nulidad de la prueba, lo que abre, como hemos advertido, el debate y la defensa y justificación de ambas posturas.

### 2.1. *Despido nulo*

La tesis que defiende la nulidad del despido puede explicarse en base a la conceptualización del mismo en el ET y en la propia LRJS y su encaje en el art. 11.1 LOPJ<sup>10</sup>.

En este sentido el art. 55.5. ET determina que “*será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*”; y, de forma prácticamente idéntica, el art. 108.2 LRJS establece que “*será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*”.

Pues bien, esta tesis defiende que cuando la actuación empresarial para probar un incumplimiento contractual vulnera un derecho fundamental, la nulidad no puede limitarse a la prueba en el proceso, ya que esta conducta empresarial se enmarca de lleno en el art. 55.5 ET<sup>11</sup>. De esta manera, la literalidad de estos preceptos determina que el fallo sea necesariamente el de la nulidad del despido, reparando y reestableciendo el derecho del trabajador. En este sentido se han criticado las resoluciones que se apartan de estas tesis, por desapego a la literalidad del primer párrafo del apartado 5 del artículo 55 del ET y del artículo 108.2 de la LRJS<sup>12</sup>.

Un sector de la doctrina ha venido manteniendo este posicionamiento, sobre la base de la íntima conexión entre ambas instituciones. En tanto que la prueba sirve como instrumento para demostrar la existencia de una causa para despedir, si en su obtención se produce una violación de derechos fundamentales, la institución jurídica a la que se vincula se vicia igualmente de nulidad, pues esta es la manera de reponer el derecho lesionado. Nos encontraríamos ante una decisión disciplinaria viciada de inconstitucionalidad que no puede validarse en el proceso mediante la declaración de improcedencia y la correspondiente indemnización<sup>13</sup>. Ya con anterioridad a la Ley 11/1994, de 19 de

<sup>10</sup> Colás Neila, Eusebi; Yélamos Bayarri, Estela. Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad [en línea], *XXIX Jornades catalanes de Dret Social - “Noves tecnologies i relacions laborals”*. Barcelona, España, 2018, pp. 16 y ss.

<sup>11</sup> Colás Neila, Eusebi. Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales. Sentencia comentada: STSJ de Madrid de 31 de enero 2002 [en línea]. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5, 2002, p. 7/8

<sup>12</sup> Benito-Butrón Ochoa, Juan Carlos. ¿Cabe reconocer la indemnización de daños cuando se declara nula una prueba con lesión de derechos fundamentales, aunque el despido no sea declarado nulo (solo improcedente)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha 25/2018, de 12 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 421, 2018, pp. 131.

<sup>13</sup> Colás Neila, Eusebi. Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales. Sentencia

mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social se había defendido esta postura<sup>14</sup>, si bien en ese momento existía una construcción judicial que declaraba la nulidad del despido acausal que permitía defender esta postura<sup>15</sup>.

Sobre esta base, la STSJ Galicia, de 30 de noviembre de 2001 (Rº. 5319/2001, Sala de lo Social) declaró la nulidad del despido al apreciar vulnerado el derecho a la intimidad en la obtención de la prueba y, más recientemente, en esta misma línea, la STSJ Cataluña de 4 de junio de 2019 (Rº. 969/2019, Sala de lo Social), partiendo de la prevalencia de los derechos fundamentales, ha afirmado que *“el fundamento de la calificación de nulidad del despido radica en la circunstancia de que el método utilizado por la empresa para conseguir la acreditación de que el trabajador ha incurrido en incumplimientos laborales sancionables con despido ha supuesto una vulneración de sus derechos fundamentales, y la reparación de dicha vulneración no puede limitarse a la mera anulación de la prueba así obtenida, sino que la reparación de dicha lesión, tal como se deriva de la STC 196/2004, de 15 de noviembre, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos y, en consecuencia, considerar el despido nulo, en la medida en que si la prueba ilícita no hubiera existido no hubiera podido producirse el despido del trabajador, de modo que la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador ha de provocar tal calificación, lo contrario supondría que un trabajador cuyos derechos fundamentales se han visto vulnerados podría perder su empleo, aunque fuera con indemnización, sin que la lesión de sus derechos fundamentales tuviera reparación alguna”*<sup>16</sup>.

Esta y otras sentencias, como la STSJ País Vasco de 10 mayo de 2011 (Rº. 644/2011, Sala de lo Social) toman como referente la STC 196/2004, de 15 de noviembre, que con-

---

comentada: STSJ de Madrid de 31 de enero 2002 [en línea]. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5, 2002, p. 5; Colás Neila, Eusebi; Yélamos Bayarri, Estela. Prueba digital ilícita..., ob. cit., p. 14 y ss.

<sup>14</sup> Pedrajas Moreno, Abdón. Despido y derechos fundamentales. Un estudio especial de la presunción de inocencia. Madrid, Trotta, 1992, p. 149.

<sup>15</sup> Gil Plana, Juan. *La Prueba en el Proceso Laboral*. Madrid, Aranzadi, 2005, p. 219.

<sup>16</sup> Esta misma doctrina se puede encontrar a lo largo del tiempo en otras resoluciones judiciales: STSJ Cantabria, de 19 de julio de 2003 (Rº. 909/2003, Sala de lo Social) que resuelve sobre un despido basado en controles médicos aleatorios a un trabajador en situación de IT; STSJ Comunidad Valenciana, de 19 de julio de 2005 (Rº. 1343/2005, Sala de lo Social) en relación con la instalación de un programa espía en un ordenador; STSJ País Vasco, de 12 de septiembre de 2006 (Rº. 1270/2006, Sala de lo Social) sobre registro de ordenadores; STSJ País Vasco, de 10 de mayo de 2011 (Rº. 644/2011, Sala de lo Social) sobre la colocación de un dispositivo GPS; STSJ País Vasco, de 9 de abril de 2015; STSJ Asturias, de 22 de enero de 2016 (Rº. 2404/2015, Sala de lo Social); STSJ Cataluña, de 9 de marzo de 2017 (Rº. 39/2017, Sala de lo Social); STSJ AndalucíaMálaga, de 5 de abril de 2017 (Rº. 277/2017, Sala de lo Social) en relación con el uso del contenido de correos electrónicos privados como causa de despido, que suponen un atentado a la intimidad y al secreto de comunicaciones del trabajador, por lo que se declara nulo el despido; STSJ Cataluña, de 22 de marzo de 2018 (Rº. 255/2018). Existen otras resoluciones judiciales que, sin abordar la cuestión, fallan a favor del trabajador y declaran la nulidad del despido, por lo que implícitamente se alinean con esta tesis: STSJ Galicia de 30 de noviembre de 2001 (Rº. 5319/2001, Sala de lo Social); STSJ Comunidad Valenciana, de 19 de julio de 2005 (Rº. 1343/2005, Sala de lo Social) sobre la instalación de un programa espía para acceder al correo electrónico; STSJ País Vasco de 9 de abril de 2015 (Rº. 445/2013, Sala de lo Social); y STS de 13 de mayo de 2014 (Rº. 1685/2013. Sala de lo Social).

sideró que la realización de unos análisis médicos no informados debidamente, con el fin de detectar un consumo de drogas, y que supuso el despido de trabajador, constituye una intromisión en su esfera privada y, en consecuencia, estableció que “*la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo, lo que implica la anulación de la Sentencia impugnada y declaración de la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social que con acierto aplicó el art. 18.1 CE*”. Con esta declaración parece que, implícitamente, defiende la tesis de la nulidad del despido. Así, la doctrina ha entendido que esta sentencia sentó las bases para superar la inercia a declarar el despido como improcedente<sup>17</sup>. Sin embargo, en realidad, se refiere a la doctrina sobre el despido nulo por violación de derechos fundamentales y no a la de la ilicitud de la prueba que sí aplicó la sentencia de instancia.

A nuestro juicio, resulta mucho más consistente en el apoyo a esta tesis la STC 29/2013, de 11 de febrero, que, si bien no resuelve sobre un caso de despido, sí considera nulas las sanciones impuestas en relación a un control de videovigilancia declarado atentatorio del derecho a la protección de datos del art. 18.4 CE.

Otro grupo de sentencias, como la STSJ País Vasco, de 12 de septiembre de 2006 (Rº. 644/2011, Sala de lo Social) o la STSJ Cataluña de 9 de marzo de 2017 (Rº. 39/2017, Sala de lo Social) también traen a colación en defensa de sus argumentos la doctrina del fruto del árbol envenenado para considerar nulas todas las consecuencias de la prueba ilícita y, por tanto, también la del despido basado en ella. Con esta teoría de origen norteamericano (*Fruit of the poisonous tree doctrine*)<sup>18</sup>, que toma el nombre de un pasaje bíblico (Mateo 7: 17-20), se da cuenta de la eficacia refleja de la prueba prohibida en el proceso, de manera que esta contamina dicho procedimiento y provoca su nulidad.

Esta doctrina fue recogida en España, aun sin mencionarla expresamente, por la STC 85/1994, de 14 de marzo, que anuló dos sentencias condenatorias por estimar que en la obtención de la prueba se había vulnerado el derecho al secreto de comunicaciones. Existe, en este sentido, consenso en que el art. 11 LOPJ hace esta referencia a esta doctrina al usar la expresión “*directa o indirectamente*”. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló, en su Auto 282/1993, de 20 de septiembre, que, “*en determinadas circunstancias, la ineficacia probatoria se puede hacer extensible también a las pruebas logradas a partir de las pruebas ilícitas (lo que la doctrina norteamericana a la que hace referencia la STC 114/1984 conoce como the fruit of the poisonous tree doctrine). En este mismo sentido el art. 11.1 de nuestra L.O.P.J. recogiendo, sin duda, la doctrina constitucional antecitada, ha establecido que “no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales”, debiendo entenderse la expresión “indirectamente” como refe-*

<sup>17</sup> Segalés Fidalgo, Jaime. La nulidad de la prueba que sostiene las imputaciones en un despido provoca también la de éste último. Control de la intimidación informática mediante autorización judicial. Comentario a la STSJ País Vasco, de 12 de septiembre de 2006 [en línea]. *Aranzadi Social*, 3, 2006, p. 3/3

<sup>18</sup> Tribunal Supremo US, Caso *Silverthorne Lumber Company vs.* Estados Unidos, de 26 de enero de 1920, aunque la primera sentencia que la mencionó expresamente sería la Sentencia del Tribunal Supremo, caso *Nardone vs.* Estados Unidos de 11 de diciembre de 1939.

*rida a todas aquellas ocasiones en las que existe una primigenia conculcación de un derecho que, sin embargo, de manera inmediata no proporciona material probatorio, pero sirve para conducir de forma mediata hasta otra fuente de prueba*". En estos casos, se produce una conexión de antijuridicidad, que "*supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado*" (STS de 22 de abril de 2011 (Rº. 1437/2011, Sal de lo Penal<sup>19</sup>).

Con base en estos argumentos, en el proceso laboral se defiende que el despido será nulo, aunque existan otras pruebas, pues todas ellas quedarían afectadas, al igual que el proceso en el que se ha hecho valer.

## 2.2. Despido improcedente

La tesis de la independencia entre la prueba y la calificación del despido toma como referencia, tanto el propio artículo 11.1 LOPJ, como la normativa laboral específica. De esta manera, se entiende que cuando el art. 11.1 LOPJ establece que las pruebas ilícitas no *surtirán efecto*, sus efectos no van más allá, por lo que no contaminan el proceso en el que se presentan. Por tanto, deberá aplicarse el art. 55.4 ET que prescribe que "*el despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1*"; y el art. 108.1, párr. 2º, que señala que el despido "*será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, será calificado como improcedente*". De esta manera, si se trata de la única prueba su ineficacia impedirá que se acredite el incumplimiento, por lo que se trataría de un despido sin causa y deber ser calificado como improcedente. Así lo ha venido defendiendo la doctrina, introduciendo una neta separación entre la conducta atentatoria del derecho fundamental al obtener la prueba y la decisión del despido en la que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental<sup>20</sup>.

En consecuencia, no hay que confundir la nulidad del despido, en la que la extinción del contrato tiene como causa un móvil discriminatorio o se produce con violación de derechos fundamentales, con la nulidad de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. La doctrina judicial también ha apoyado las más de las veces esta tesis. En este sentido, debemos remontarnos a la STSJ Cataluña de 5 de septiembre de 2000 (Rº. 2890/2000, Sala de lo Social) en la que ya se afirmaba esta independencia

<sup>19</sup> STS de 30 de octubre de 2012 (Rº. 258/2012, Sala de lo Penal); STS de 31 de enero de 2013 (Rº. 10674/2012, Sala de lo Penal).

<sup>20</sup> Gil Plana, Juan. *La Prueba en...*, ob. cit., p. 219; Sempere Navarro, Antonio Vicente; San Martín Mazzucconi, Carolina. *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 9/13.



entre la calificación de prueba y el despido en la que se intenta hacer valer. La calificación de éste “*debe vincularse al móvil que lo determina o a la violación de los derechos o libertades a que se refiere el artículo 55.5 del ET, y no a la ilegalidad de alguna de las pruebas incorporadas al proceso: circunstancia que si bien puede trascender a la decisión que finalmente se adopte (en la medida que la misma incida en la prueba de los hechos y su consecuente implicación en el principio de inversión de carga de la prueba), no afecta –de forma indirecta– a la calificación que, en derecho, merezca la decisión disciplinaria de la empresa*”. Se trata entonces de dos conductas distintas que han de desplegar efectos de forma separada. Esta dicotomía se ejemplifica muy bien en la STSJ Castilla-La Mancha, de 10 junio de 2014 (R°. 1162/2013, Sala de lo Social) cuando razona que “*lo que no se ha admitido es el medio de prueba contaminado (...) pero no se ha concluido que la decisión extintiva, en sí misma considerada, pretendiera la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador, que llevara aparejada la calificación de nulidad del mismo (art. 55.5 ET)*”.

Evidentemente, en este escenario el resto de pruebas presentadas por el empresario no se ven afectadas por la nulidad de la prueba ilícita, salvo que se deriven de la misma. En este sentido, la STSJ Madrid de 5 de noviembre de 2008 (R°. 4747/2008, Sala de lo Social) razona que cuando se centra la solicitud de declaración de nulidad en la actividad probatoria previa al despido y no en la intención vulneradora en el despido, se está ante un “*supuesto bien distinto que afectaría, no al despido, sino a la actividad probatoria previa al mismo, de manera que la prueba obtenida con tal vulneración es ilícita y no puede tenerse en ningún caso en cuenta en el proceso, como tampoco aquéllas que deriven de la inicial ilicitud, pero en ningún caso cabría aquí hablar de despido nulo sino improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores*”.

Esta doctrina judicial se ha mantenido en el tiempo en sucesivas resoluciones de nuestros Tribunales de Justicia<sup>21</sup>. Además, en muchas ocasiones, los tribunales declaran la improcedencia del despido por no resultar acreditada la causa, sin entrar a valorar su posible nulidad<sup>22</sup>. Entre las últimas sentencias que se han sumado a esta doctrina habría que destacar la STSJ de Madrid, de 13 septiembre de 2018 (R°. 351/2018, Sala de lo Social), pues su fallo ha dado lugar a una importante sentencia, aunque poco relevante para solucionar el conflicto, del Tribunal Constitucional. En dicha sentencia el tribunal considera que, pese a declararse la prueba ilícita, “*no procede la calificación de despido nulo, puesto que no se ha probado que la decisión extintiva acordada por la empresa demandada, en sí misma considerada, pretendiera la vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas de la*

<sup>21</sup> STSJ Galicia, de 30 de noviembre de 2001 (R°. 5319/2001, Sala de lo Social); STSJ Andalucía Sevilla, de 9 de marzo de 2001 (S. 1050/2001, Sala de lo Social); STSJ Madrid, de 31 de enero de 2002 (R°. 3568/2001, Sala de lo Social); STSJ Madrid, de 17 de julio de 2009 (R°. 2831/2009, Sala de lo Social); STSJ Madrid, de 30 de mayo de 2011 (R°. 5990/2010, Sala de lo Social) en relación con el registro de un ordenador; STSJ Castilla-La Mancha, de 12 de enero de 2018 (R°. 1416/2017, Sala de lo Social); STSJ Madrid, de 13 de septiembre de 2018 (R°. 417/2018, Sala de lo Social).

<sup>22</sup> STSJ Islas Canarias Santa Cruz de Tenerife, de 27 de marzo de 2017 (R°. 934/2016, Sala de lo Social); STSJ Comunidad Valenciana, de 21 de marzo de 2017 (R°. 3904/2016, Sala de lo Social); STSJ Madrid, de 29 de septiembre de 2014 (R°. 1993/2013, Sala de lo Social); STSJ País Vasco, de 24 de abril de 2007 (R°. 514/2007, Sala de lo Social).

*trabajadora, ni que el móvil del empresario al acordar el despido respondiera a una causa vulneradora de esos derechos fundamentales lo que legalmente llevaría aparejada la nulidad del despido, cuestión distinta de la sucedida en este supuesto en que el empresario, al intentar comprobar el comportamiento de su empleada y obtener pruebas de algunos de sus incumplimientos para tratar de justificar un despido, ha obtenido de forma ilícita tal prueba con vulneración de derechos fundamentales, no pudiendo de esta manera confundirse el despido con violación de derechos fundamentales con la infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba de parte de los hechos en los que se basó la empleadora para adoptar tal sanción”<sup>23</sup>.*

En la jurisprudencia constitucional no se habían dado pronunciamientos expresos que avalen esta doctrina. Sin embargo, indirectamente el Tribunal se ha mostrado proclive a la misma en alguna ocasión. Así, en la STC 186/2000, de 10 de julio, que debía resolver sobre un conflicto en el que se ponía en entredicho la videovigilancia encubierta que provocó el despido, aunque consideró lícita la prueba obtenida mediante por estos medios y descartó la lesión del art. 18.1 CE, también se precisaba que “*las Sentencias recurridas tuvieron en cuenta para llegar a su convicción no sólo la prueba documental consistente en las grabaciones videográficas, sino también otras pruebas practicadas con plenas garantías en el juicio oral (entre otras, las declaraciones testificales de los investigadores privados que llevaron a cabo las filmaciones por encargo de la empresa)...*”, lo que induce a pensar que estas otras pruebas habrían llevado a la aplicación de la sanción, pese a que se hubiera declarado ilícita la videográfica. Asimismo, en la STC 29/2013, de 11 de febrero, aunque no se resuelve sobre un amparo consecuencia de un despido, sino de una suspensión de empleo y sueldo, tras determinar la nulidad de la prueba en la que se basa la sanción, se establece que, “*en definitiva, por todo lo dicho, las sanciones impuestas con base en esa única prueba, lesiva de aquel derecho fundamental, deben declararse nulas*”. No hay pronunciamiento expreso sobre los efectos de la prueba ilícita, pero la referencia a que es la única prueba disponible implícitamente reconoce que en otro caso podría haberse mantenido la sanción.

Asimismo, la doctrina del fruto del árbol envenenado que se ha manejado para defender la nulidad del despido, sirve igualmente para amparar la calificación de improcedencia, pues su concepción extensiva en el Derecho Penal ha ido decayendo y, en la actualidad, se mantienen una serie de excepciones a la afectación refleja de la prueba ilícita, cuando se rompe lo que se conoce como “conexión de antijuricidad”, es decir, cuando, junto con los datos obtenidos como consecuencia de la violación fundamental, existen otros que se han conocido por vías lícitas e independientes (STS, de 3 de abril de 2017 [Rº. 10612/2016, Sala de lo Penal]).

<sup>23</sup> En el mismo sentido La STSJ Castilla La Mancha, de 12 de enero de 2018 (Rº. 1416/2017, Sala de lo Social) que entiende “*la sanción de nulidad del despido tiene su fundamento en el móvil del empresario cuando el despido en sí mismo responde a una causa vulneradora de un derecho fundamental, de ahí la prescripción del artículo 55.5 ET, pero no cuando la finalidad que mueve al empresario es comprobar un comportamiento del trabajador para obtener la prueba de la existencia de la causa alegada para justificar el despido, en cuyo caso, procede la nulidad de dicha prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, sin que tal nulidad pueda extenderse a la calificación del despido que podrá ser improcedente o incluso procedente, si una vez desechados los hechos acreditados mediante la prueba ilegal o ilegítima, aun resultan probados, mediante prueba hábil e idónea hechos que constituyen un incumplimiento grave y culpable del trabajador*”.

Así ocurre cuando existen pruebas jurídicamente independientes, sin relación causal con la prueba declarada ilícita, que permiten destruir la presunción de inocencia, al destruir el nexo de antijuricidad (STC 86/1995, de 6 de junio; STC 81/1998, de 2 de abril). Como señala el Tribunal Supremo, *“la razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental (STC 184/2003 de 23 de octubre). Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo o indirecto, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas”* (STS de 22 de abril de 2011 [Rº. 147/2010, Sala de lo Penal]).

También se produce la ruptura de la conexión de antijuricidad y, por tanto, la excepción de la eficacia refleja cuando nos encontramos ante un descubrimiento inevitable, *“es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, “conexión de antijuricidad”, que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido, aunque una de sus condiciones no se hubiera dado, no es el resultado de esa condición* (STS de 3 de abril de 2017 [Rº. 10612/2016, Sala de lo Penal<sup>24</sup>]); o ante un hallazgo casual de indicios de un delito (STS de 21 de julio de 2000 [Rº. 128/1999, Sala de lo Penal<sup>25</sup>]). Igualmente se produce la ruptura de la conexión de antijuricidad por la existencia de un nexo o vínculo causal atenuado entre la prueba ilícita y la refleja (STS de 30 de octubre de 2012 [Rº. 258/2012, Sala de lo Penal]); por la confesión voluntaria del inculpado (STC 161/1999, de 27 de septiembre; y STS de 22 de abril de 2011 [Rº. 1437/2011, Sala de lo Penal]<sup>26</sup>); y por la excepción de buena fe (STC 22/2003, de 10 de febrero).

Por último, la conexión de antijuricidad se puede quebrar como consecuencia de la ponderación de intereses, en la que ha de tenerse en cuenta la gravedad del hecho y el peso de la infracción probatoria (STS de 30 de octubre de 2012 [Rº. 258/2012, Sala de lo Penal]). En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 81/1998, de 2 de abril, determina que para determinar si la valoración de una prueba que tiene su origen en una vulneración de un derecho constitucional se ha de valorar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y el interés, constitucionalmente legítimo en la ave-

<sup>24</sup> Otras sentencias que recogen esta doctrina son la STS, sala penal, de 4 de julio de 1997 (Rº. 1367/1996; STS, sala penal, de 31 de enero de 2013 (Rº. 10674/2012; STS, sala penal, de 4 de diciembre de 2013, 582/2013; STS, sala penal, de 18 de diciembre de 2013 (Rº. 915/2013).

<sup>25</sup> En este mismo sentido STS, sala penal, de 30 de octubre de 2012 (Rº. 258/2012; STS, sala penal, de 18 de diciembre (Rº. 915/2013; STS, sala penal, de 12 de febrero de 2014 (Rº. 635/2013).

<sup>26</sup> También en STS, sala penal, de 4 de diciembre (Rº. 582/2013).

riguación y castigo de delitos graves, cuya defensa se encomienda al Ministerio Público (art. 124.1 CE), de manera que, solo a partir de esta doble consideración podrá determinarse si el proceso, en el que se ha valorado una prueba obtenida con violación de un derecho fundamental ha sido o no desde la perspectiva constitucional, un “proceso justo”.

Muchos de estos planteamientos son trasladables al orden laboral, especialmente la existencia de otras pruebas que permitan soslayar la prueba ilícita y lograr la declaración de procedencia del despido, o la teoría del hallazgo casual.

Otro importante fundamento a esta teoría jurídica viene dado por la STEDH de 9 de enero de 2018 (Caso Lopez Ribalda I). Recordemos que esta sentencia, aunque anula la prueba obtenida mediante videovigilancia (decisión que fue corregida por la sentencia de la Gran Sala de 7 de octubre de 2019) y condena al Estado español a indemnizar a las demandantes, reputa procedentes los despidos al existir otras pruebas que confirmaban el incumplimiento laboral.

### **3. La STC 61/2021, de 15 de marzo de 2021**

La dispar doctrina judicial existente requería una intervención unificadora del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, dada la evidente relevancia constitucional del conflicto. Pues bien, este último ha eludido intervenir en la discrepancia al entender, en la STC 61/2021, que el mero hecho se sitúa al margen de su competencia, con la oposición de la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón expresada en un voto particular discrepante con el fallo.

El conflicto que origina la intervención del Tribunal Constitucional tiene su origen en un despido de una trabajadora, por, entre otros motivos, disminución del rendimiento debido, lo cual se constató mediante una monitorización de su ordenador durante tres días.

Debe señalarse que en la empresa regía una política de uso aceptable de los sistemas de información, de internet y del correo electrónico, indicando que los trabajadores no debían tener expectativa de intimidad alguna en relación con la información almacenada en el ordenador o que fuese emitida y comunicada a través de los sistemas de información de la empresa, si bien, en todo caso, el uso de las herramientas informáticas para fines ajenos a la actividad del trabajador se admitía, excepcionalmente, limitándose cualquier uso comercial, lúdico o personal a “un uso necesario, mínimo y razonable”; y que dicha política era conocida por la trabajadora y sabía que la empresa podría realizar las auditorías y accesos que estimase necesarios para verificar y determinar el correcto uso de los dispositivos tecnológicos.

Pues bien, como resultado de este control para comprobar cuál era la dedicación de la trabajadora al trabajo, la empresa accedió a correos electrónicos de la trabajadora, ajenos a sus cometidos laborales, enviados a familiares y a su asesora legal, llegando a conocer no solamente a sus destinatarios, sino también su contenido; y por ello este control se consideró desproporcionado en instancia y también en el recurso de suplicación, declarando

ilícita la prueba. Sin embargo, mientras que la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid de 17 de noviembre de 2017 (Procedimiento núm. 453/2017) consideró nulo el despido como consecuencia de la declaración de nulidad de la prueba, la STSJ de Madrid, de 13 septiembre de 2018 (R<sup>o</sup>. 351/2018, Sala de lo Social) que, como hemos mencionado anteriormente, sigue la doctrina de la diferenciación entre el despido con violación de derechos fundamentales, del despido con infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba, determinó que “*una vez eliminados del enjuiciamiento todos los hechos acreditados mediante la monitorización del ordenador (vinculados básicamente a la posible existencia de una trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza e incluso indisciplina / desobediencia), sí existe prueba hábil e idónea de la realidad de otros hechos que, calificados como incumplimientos contractuales laborales fueron imputados a la trabajadora, pero que como correctamente se razona en la sentencia –fundamento de derecho cuarto– los mismos no alcanzan las notas de gravedad y culpabilidad que el Estatuto de los Trabajadores exige en su art. 54...*”, por lo que declara la improcedencia del despido.

Sobre esta base la trabajadora plantea el recurso de amparo al entender que esta sentencia y el auto del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso en unificación de doctrina que se planteó vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (arts. 18.1 y 3 CE), solicitando que se acuerde la nulidad de ambas resoluciones judiciales y se declare la vulneración de los derechos invocados, así como la nulidad del despido, dado que, como indicó el juzgado de lo social, la nulidad de la prueba debe extenderse a cuantos actos y medidas traigan causa de ella, de modo que el despido ha de calificarse como nulo

Así la cuestión fundamental a valorar por el Tribunal Constitucional es la de determinar las consecuencias de un despido en el caso de que se haya obtenido una prueba vulnerando de derechos fundamentales, tanto respecto de su calificación como de la eventual indemnización que pudiera corresponder.

Conviene precisar que el Ministerio Fiscal en sus argumentaciones abre una tercera vía para solucionar esta discusión, pues, en primer lugar, entiende que no estamos ante un despido efectuado con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales, situación para nada asimilable al tema que se aborda, que no es otro que el determinar las consecuencias de una decisión extintiva basada en incumplimientos contractuales conocidos o probados con vulneración de derechos fundamentales. Dicha precisión la efectúa como consecuencia de que la demandante en amparo invoca las sentencias SSTC 92/2008, de 21 de julio (no discriminación por razón de maternidad), y 125/2018, de 26 de noviembre (derecho a la participación política), sentencias del TC en las que el asunto se refiere al despido de trabajadores en el ejercicio de sus derechos fundamentales que se ven directamente afectados por la decisión extintiva.

En otra argumentación de mayor calado afirma que, cuando la causa única del despido surge de la violación del derecho fundamental, procede la declaración de nulidad del despido, *aunque no sea el hecho de despedir lo que viola un derecho fundamental, sino que la violación es anterior al despido, y este no existiría sin esa violación previa, de tal modo que no resulta lógico desligar esta del despido*. Es lo que justificaría la declaración de

nulidad del despido en el caso de la STC 196/2004, en la que se confirma la sentencia de instancia que declaraba la nulidad del despido de una azafata de líneas aéreas cuyo contrato rescindió el empresario tras comprobar, con los resultados obtenidos al someterse voluntariamente la trabajadora a una revisión médica, que había consumido sustancias estupefacientes, todo ello sin que se hubiese informado a la trabajadora de que se iba a controlar esta circunstancia.

Por último, sostiene que *un documento u otro medio de prueba obtenido con vulneración de derechos fundamentales no podrá ser tenido en cuenta, no podrá utilizarse para probar los hechos en los que el empresario justifique el despido, de tal modo que si es la única prueba de dichos hechos o si las otras se derivan de ella con la conexión antes mencionada, esos hechos se tendrán por no probados; pero si hubiera otros medios de prueba, estos podrían ser analizados con total separación de los anteriores, para ver si son suficientes para probar por sí mismos los hechos que se aleguen*. Ahora bien, según el Ministerio Fiscal, en el caso de que esos otros hechos probados sin vulnerar derechos fundamentales no permitan calificar el despido como procedente, no cabría declarar la improcedencia, sino la nulidad del despido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 55 ET cuando señala que el despido de las personas objeto de una protección especial en caso de despido a las que se refiere el art. 55.5 ET solamente podrá ser declarado nulo o procedente.

De este modo, el Ministerio Fiscal distingue dos situaciones: *a) Cuando del resto de las pruebas obtenidas lícitamente, se justifique la existencia de una infracción laboral, no resulta acertado considerar que la causa del despido sea la vulneración de los derechos fundamentales. Así resulta del propio art. 55.5 en su último párrafo; b) cuando, como ha sucedido en este caso, el empresario en su carta de despido alegue varios motivos para despedir al trabajador, es decir varias infracciones laborales de este, pero la única infracción que tiene gravedad suficiente para ser sancionada con el despido, es precisamente la que resulta de los hechos acreditados con la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, en tal caso, la interpretación que resulta congruente con el art. 55.5 LET es declarar la nulidad del despido.*

Pues bien, la STC 61/2021 rehúye el debate afirmando, como punto de partida, que no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo, de tal manera que *cabe afirmar que no puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una “consecutividad lógica y jurídica*. Es por este motivo por el que la demanda de amparo se analiza a la luz del artículo 24 CE (tutela judicial efectiva) y no en virtud del artículo 18.3 del mismo texto (secreto de las comunicaciones), pues no cabe concluir que la irregularidad de un acto procesal resulte atentatoria, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. [...], pues, de acogerse tal tesis, debería concluirse que *“el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos”*.

Como consecuencia de ello, la sentencia solamente valora si la sentencia de suplicación incurre en una interpretación que resulte arbitraria, manifiestamente irrazonada o

irrazonable, de modo que no pueda considerarse fundada en Derecho, lesionándose así, el derecho a la tutela judicial y, en este sentido, resuelve que la interpretación que hace el TSJ sobre la ilicitud de la prueba y sus efectos sobre el despido no se mueve en dichos parámetros. Estima el TC que la opción entre esta opción interpretativa, o aquella otra según la cual la ilicitud de la prueba debe proyectarse sobre la calificación del despido, de tal manera que éste debe ser declarado nulo, es una cuestión que debe ser resuelta por el Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria.

También debe apuntarse que el Tribunal Constitucional sí entra a valorar la necesidad de fijar una indemnización como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, que en el caso de autos fue reconocida en la sentencia de instancia, que calificó nulo el despido, pero que en el recurso de suplicación fue desestimada, entendiéndose que el despido fue improcedente, al considerar que la indemnización se había vinculado *tanto en la demanda como en la sentencia, a la existencia de una vulneración por la empresa de derechos fundamentales de la trabajadora y como tal lesión no ha existido (no hay prueba del acoso laboral y el despido ha sido calificado de improcedente), no procede indemnización alguna*. En relación con esta circunstancia el TC en función del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva de derecho a obtener una respuesta motivada y razonada, concluye que, dado que en la demanda laboral que dio inicio al procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, la recurrente de amparo solicitó una indemnización de 51.439,4 € por los daños materiales y morales producidos por la intromisión ilegítima producida, considera vulnerado el artículo 24CE, pues el argumento utilizado en la STSJ para denegar la indemnización (afirmar que no ha existido vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora), debe ser calificado de incongruente, ilógico y contradictorio, pues la propia sentencia reconoce, al analizar la ilicitud de la prueba, que se vulneraron los derechos fundamentales de la trabajadora en su obtención.

## 4. Conclusiones

### 4.1. Entonces ¿son nulos o improcedentes?

Ante la ausencia de una solución de alcance constitucional el debate sigue abierto creando ciertamente una no deseable incertidumbre que contraría el principio de seguridad jurídica que debe inspirar el ordenamiento jurídico.

Aun a costa de resultar reiterativos y por centrar el debate las posibilidades son las siguientes:

En primer lugar, que la nulidad de la prueba contamina también el propio despido, es decir, cuando la actuación empresarial para probar un incumplimiento contractual vulnera un derecho fundamental, la nulidad no puede limitarse a la prueba en el proceso, ya que esta conducta empresarial se enmarca de lleno en el art. 55.5 ET. Nos encontraríamos ante una decisión disciplinaria viciada de inconstitucionalidad, que no

puede solventarse en el proceso mediante la declaración de improcedencia y la correspondiente indemnización.

En segundo lugar, que la calificación de la prueba y la del despido son independientes. Se entiende, por tanto, que los efectos de la prueba ilícita no contaminan el proceso en el que se presentan. Por tanto, deberá aplicarse el art. 55.4 ET en relación con la declaración de despido procedente e improcedente. No hay que confundir la nulidad del despido, en la que la extinción del contrato tiene como causa un móvil discriminatorio o se produce con violación de derechos fundamentales, con la nulidad de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. De esta manera, si se trata de la única prueba, su ineficacia impedirá que se acredite el incumplimiento, por lo que se trataría de un despido sin causa y deber ser calificado como improcedente.

Y, en tercer lugar, que la nulidad de la prueba determinara la del despido, cuando esta sea la única prueba o el resto de pruebas aportadas no resulten acreditadas o no revistan la gravedad necesaria para avalar el despido. Por ello, en caso de existir dichas otras pruebas, el despido sería declarado procedente. Este es el argumento esgrimido por el Ministerio Fiscal en la STC 61/2021 sobre la base del art. 55.5 ET, en una fundamentación jurídica que, a nuestro juicio resulta discutible, pues el precepto se refiere a los supuestos de protección objetiva recogidos en las letras a), b) y c) de este artículo, otorgando una especial tutela a los despidos de personas trabajadoras que se encuentran en alguna de las situaciones descritas relacionadas con la maternidad, paternidad o con los derechos de ella derivados, así como de los reconocidos a las trabajadoras víctimas de violencia de género.

Reputadas voces de la doctrina laboral, por su condición de ex magistrados del Tribunal Constitucional, han criticado la opción seguida por la STC 61/2021. Es el caso de María Emilia Casas Baamonde<sup>27</sup> y de Miguel Rodríguez-Piñero<sup>28</sup>, criticando la reducción del análisis de la cuestión desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Constitución, cuya interpretación por parte del TC habría quedado limitada a un “derecho de prestación” (perspectiva desde la que “*la idea de un proceso justo y de un proceso con todas las garantías se desvanece*”) sosteniendo la “consecutividad lógica y jurídica” entre la lesión extrajudicial de un derecho fundamental y la declaración de nulidad del despido en la jurisprudencia constitucional.

Mas allá de estas críticas y adhesiones a la doctrina constitucional, hemos visto hasta ahora cómo las distintas tesis son susceptibles de argumentación en contra y cómo la misma normativa sirve para justificar las posturas defendidas y cómo, a tenor de la intervención del Tribunal Constitucional, todas las posibilidades están constitucionalmente admitidas, por lo que adherirse a una u otra doctrina es casi una cuestión de fe.

Tampoco la teoría del fruto del árbol podrido ayuda a resolver el debate. Para empezar, como señaló alguna sentencia en suplicación, la traslación de la construcción de

---

<sup>27</sup> Casas Baamonde, M<sup>a</sup>. E., “Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 4/2021.

<sup>28</sup> Rodríguez-Piñero, M., “Prueba ilícita y nulidad del despido”, *Trabajo, Derecho, Persona, Mercado*, 3/2021.



la doctrina del árbol envenenado resulta inadecuada, pues no se juzga la ineficacia en un proceso penal (STSJ Andalucía Sevilla, de 9 de marzo de 2001 [S. 1050/2001, Sala de lo Social]). Además, en el propio ámbito penal existen otros argumentos que, como hemos visto, la desvirtúan cuando se rompe “la conexión de antijuricidad”. De hecho, parte de la doctrina que defiende la nulidad del despido, rehúsa basar su defensa en este argumento, ya que, en su opinión, si se siguiera tal teoría en combinación con el principio de presunción de inocencia, lo lógico será calificar en todo caso el despido como improcedente<sup>29</sup>.

En este momento más que nunca es deseable y necesaria una intervención del legislador que aclare esta cuestión, determinando claramente el alcance de la prueba ilícita y las posibles excepciones a su eficacia refleja, tanto en el proceso laboral, como obviamente, en el penal, donde estos conflictos poseen mayor trascendencia. De esta manera, además de cumplir con el principio de seguridad jurídica se evitaría que sean los Tribunales los que hayan de integrar esta garantía de protección de los derechos fundamentales de acuerdo con la tendencia imperante en cada momento: extensiva y garantista en un principio y ciertamente restrictiva de un tiempo a esta parte. En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de julio de 2002 (R.º. 3269/2000, Sala de lo Penal) ya advertía que la expansión de las situaciones que rompen el nexo de antijuricidad podía llegar a dejar vacío de contenido el art. 11.1 LOP e, incluso, como presagiaba la doctrina, tras desvirtuar completamente la eficacia indirecta de la prueba ilícita, acabar por menoscabar la eficacia directa de la misma<sup>30</sup>. Pues bien, para parte de la doctrina dicho podría haberse confirmado en otra importante y anterior intervención del Tribunal Constitucional.

Nos referimos a la STC 97/2019, de 16 de julio, que resolvió el Recurso de Amparo interpuesto frente a la STS de 23 de febrero de 2017 (R.º. 1281/2016, Sala de lo Penal), conocida como *Caso Falciani*, en la que se toma en consideración la posible ilicitud de la prueba obtenida por particulares con violación de derechos fundamentales. *Hervé Falciani* sustrajo ilícitamente datos financieros de particulares del banco suizo HSBC (lista *Falciani*), en el cual trabajaba. El Estado suizo inició un proceso penal por la comisión de un delito contra el secreto bancario. Los archivos informáticos con dichos datos fueron entregados a la Agencia Tributaria española por las autoridades francesas, que los había incautado en un registro domiciliario fruto de la cooperación con las autoridades suizas, y se iniciaron actuaciones penales contra los presuntos defraudadores. En el proceso se cuestiona si puede condenarse en base a una prueba obtenida mediante la comisión de un delito por un particular y que termina afectando al derecho fundamental a la intimidad del acusado. La sentencia da validez a la Lista y condenó al acusado. Para ello se establece una distinción en función de que la prueba se obtenga por un particular sin ningún tipo de conexión de las autoridades que investigan el delito o que se obtenga por éstas o por particulares que actúan en su nombre. El condenado presentó demanda de amparo al entender que la admisión de la prueba vulneraba su derecho a un juicio justo con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

<sup>29</sup> Colás Neila, Eusebi; Yélamos Bayarri, Estela. Prueba digital ilícita..., ob. cit., pp. 13/20 y 14/20)

<sup>30</sup> Díaz Cabiale, José Antonio; Martín Morales, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid, Civitas, 2001, pp. 81 y 82.

El Tribunal Constitucional por unanimidad ha denegado el amparo al recurrente y ha validado la utilización en el proceso de la prueba ilícitamente obtenida. Para ello toma como referencia la doctrina anterior del propio Tribunal, en especial la sentada en la STC 114/1984, de 29 de noviembre. En la doctrina se ha defendido que, en realidad, la conclusión alcanzada es contraria a la que sentó entonces el Tribunal, en un ejercicio de simulación de lo que en realidad es una revisión de su doctrina. La STC 114/1984 no creó un derecho *ex novo*, se limitó, al amparo de sus funciones, a declarar su existencia, si bien implícita, en el art. 24. CE como una garantía autónoma y a requerir su desarrollo legal que cristalizó en el art. 11 LOPJ. Sin embargo, ahora, se abandona esta idea, si antes la admisión de una prueba con vulneración de derechos fundamentales, en cuanto que constituía una garantía autónoma, siempre aparejaba el quebranto del derecho a un proceso justo, ahora la admisión de la prueba ilícita ha de someterse a un juicio de valor, a una ponderación que determinará si afecta a una noción amplia de proceso justo, que provoca su nulidad, validándola en otro caso, lo que por ende implica negarle el rango constitucional que poseía<sup>31</sup>. Otros autores no ven este cambio de doctrina respecto de la STC 114/1984 y sitúan la sentencia en la tendencia iniciada por la STC 81/1998, de 2 de abril, de valorar de forma más precisa el juicio ponderativo sobre la conexión entre el derecho fundamental sustantivo, su necesidad de tutela y el equilibrio o igualdad de las partes en el proceso que, entiende el Tribunal, se aplicaría tanto a la prueba derivada como a la originaria, como ocurría en la STC 22/2003, de 10 de febrero. en base a la cual se requiere<sup>32</sup>.

En cualquier caso, lo que es innegable es que la sentencia del Tribunal Constitucional, mantiene la imperante corriente restrictiva de los derechos fundamentales y libertades, que pretende evitar situaciones de impunidad y proteger a la autoridad pública frente a los fallos en la investigación<sup>33</sup>, en aras de satisfacer los intereses de una sociedad que prima la seguridad sobre la libertad<sup>34</sup>.

En esta situación se antoja difícil que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que, a falta de una solución legal y tras la renuncia del Tribunal Constitucional, ha de resolver este conflicto en unificación de doctrina, falle en favor de la extensión de la nulidad al proceso en el que se hace valer la prueba, declarando nulas el resto de pruebas y el propio despido, toda vez que existen sólidos argumentos jurídicos que le permiten abogar por otra solución. En nuestra opinión, en nuestro ordenamiento jurídico tiene mejor encaje la tesis de la improcedencia. En primer lugar, porque, como se ha visto, la jurisprudencia penal que ha inspirado las interpretaciones laborales es cada vez más restrictiva en relación con el alcance reflejo de la prueba ilícita. En segundo lugar, porque desde instancias

<sup>31</sup> Ascencio Mellado, Jose María. La STC 97/2019, de 16 de julio... ob. cit., p. 12/19.

<sup>32</sup> García Moreno, V. Alberto. La Lista Falciani y la posibilidad de utilizar la prueba ilícitamente obtenida. El Tribunal Constitucional ha dicho la última palabra” [en línea]. *Diario La Ley*, 9509, 2019, p. 5/9 y 6/9.

<sup>33</sup> Gómez Colomer, Juan Luis. La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato. En Gómez Colomer, Juan Luis (coord.), *Prueba y proceso penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 145.

<sup>34</sup> Ascencio Mellado, Jose María. La STC 97/2019..., ob. cit., 1/19.

judiciales internacionales parece seguirse este camino. En este sentido, la STEDH de 9 de enero de 2018 (Caso López Ribalda I), aunque anula una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales (una videovigilancia encubierta) y condena al Estado español a indemnizar a las demandantes, considera procedentes los despidos al existir otras pruebas que confirmaban el incumplimiento laboral. Y, en tercer lugar, porque así lo avala el diseño del proceso laboral. Al respecto no está de más recordar que el art. 90.2 LRJS establece que no se admitirán las pruebas en cuya obtención se hubiera producido una violación del derecho fundamental, es decir, aunque ciertamente en muchas ocasiones se resuelve sobre su ilicitud en la sentencia, lo “normal” debería ser que se resolviera con anterioridad a la fase de práctica de la prueba, continuando el procedimiento sin la misma, por lo que cuando sea la única prueba los efectos serán los del despido sin causa.

Ciertamente, habiéndose eliminado de nuestro ordenamiento el despido nulo por fraude de ley y, por tanto, encontrándonos en un régimen de despido libre indemnizado, donde el despido sin causa conlleva declaración de improcedencia, salvo en los casos previstos en el artículo 55.5 ET, las opciones de encontrar otra alternativa interpretativa se han visto notablemente reducidas.

Esta tendencia parece consolidarse en los juzgados de instancia y en la doctrina judicial. Efectivamente, las sentencias dictadas desde la resolución del Tribunal Constitucional, optan, con carácter general, por la declaración del despido como improcedente y no nulo<sup>35</sup>. A este respecto merece la pena destacar la reciente STS de 8 de marzo de 2022 (Rº 130/2019) que viene a confirmar la ilicitud de una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, sin pronunciamiento sobre el despido del trabajador amparado en dicha prueba, al no haberse puesto en cuestión el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia sobre la procedencia del mismo<sup>36</sup>, en base al resto de pruebas practicadas, que, en este punto, corrigió la decisión del Juzgado de lo Social, declarando la improcedencia del mismo.

Sin embargo, entendemos, en consonancia con LOUSADA<sup>37</sup> y, en cierta medida, también con GOÑI<sup>38</sup>, que no existe una solución válida de carácter general. La decisión debería de tomarse en cada caso en función de las circunstancias concurrentes, en especial, analizando la manera en que se ha obtenido la prueba y valorando si existen o no otras pruebas inculpatórias. Con ello se evitarían ciertas situaciones injustas que produce la asunción de la tesis de la nulidad en toda su extensión y se minimizaría el peligro de

---

<sup>35</sup> SJS Palma de Mallorca núm.5 de 12 de julio de 2021 (Procedimiento núm. 828/2020); SJS Valladolid núm.4 de 20 de septiembre de 2021 (Procedimiento, núm. 330/2020); STSJ Cataluña de 18 de enero de 2021 (Rº núm. 3892/2020, Sala de lo Social). Las sentencias de ese año anteriores a la decisión constitucional seguían la misma tónica. Al respecto, por ejemplo, la STSJ Galicia de 15 de febrero de 2021 (Rº núm. 4586/2020, Sala de lo Social) Sin embargo, la SJS Pamplona núm.3 de 18 febrero de 2021 (Procedimiento núm. 754/2020), determina este pronunciamiento en congruencia con lo solicitado por el demandante, aunque *obiter dicta*, parece inferirse que hubiese concedido la nulidad si se hubiese pedido en atención a la STC 196/2004.

<sup>36</sup> STSJ Cataluña de 20 de septiembre de 2018 (Rº 2541/2018, Sala de lo Social).

<sup>37</sup> Lousada Arochena, José Fernando. La prueba ilícita..., ob. cit., p. 5/11.

<sup>38</sup> Goñi Sein, José Luis. *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Cizur Menor (Navarra), ThomsonCivitas, 2007, p. 238.

comportamientos abusivos en el uso de las tecnologías para controlar la actividad productiva que había advertido algún autor proclive a la tesis de la improcedencia<sup>39</sup>.

La declaración de nulidad de la prueba por violación de derechos fundamentales debe restituir al afectado en su derecho completamente, tanto en el proceso de amparo constitucional (art. 55.1 LOTC) como en los amparos ordinarios, esto es, cuando la violación del derecho fundamental se resuelve en la jurisdicción ordinaria. Pues bien, como se ha señalado, la plena reparación de la víctima obligaría a invalidar el despido y a mantener al trabajador en su puesto de trabajo sin ninguna merma salarial, esto es aplicar las consecuencias de un despido nulo, “en otro caso, un trabajador cuyos efectos fundamentales se viesen vulnerados por la vigilancia empresarial podría perder su empleo, aunque fuera con indemnización, por la realización de un acto amparado en el ejercicio del derecho fundamental”<sup>40</sup>.

Así, sin llegar a posicionarnos en la tercera de las interpretaciones señaladas que entiende que debe calificarse con la nulidad el despido siempre que la prueba ilícita sea la única que exista para acreditar el incumplimiento, creemos que esta debería ser la solución en aquellos casos en que la prueba se construye por el empresario con la finalidad de justificar el incumplimiento. En este sentido, por ejemplo, se puede traer a colación el conflicto resuelto por la STS, de 19 de febrero de 2020 (R.º. 3943/2017, Sala de lo Social) que anula la prueba obtenida para acreditar el incumplimiento mediante el uso de un detective que, para verificar que la trabajadora ejercía de abogada por cuenta propia en horas de trabajo, forzó una entrevista en horario de trabajo, al rechazar reiteradamente mediante excusas verla en el horario fuera del trabajo que le ofrecía. Así, en estos casos, entendemos que sin la prueba no hubiera habido despido, y puesto que la finalidad de la empresa con su actuación era precisamente sustentar dicho despido, su ilicitud por la violación de derechos fundamentales debe tener como consecuencia la nulidad del despido.

Ahora bien, cuando concurren otros elementos y hechos para valorar la causa de despido, no parece que la declaración de ilicitud deba conducir necesaria e inexorablemente a calificar el despido como nulo. Habría que eliminar de la ecuación la prueba vulneradora de derechos fundamentales y tomar la decisión en atención a estos otros datos fácticos, de manera que si permiten sustentar el incumplimiento por sí mismo determinarían la procedencia del despido y en otro caso su improcedencia<sup>41</sup>.

Esta vía intermedia recordemos que es la que se sigue en alguna resolución judicial de nuestros tribunales de suplicación. Así, por ejemplo, la STSJ Extremadura, de 30 de julio de 2014 (R.º. 4256/2000, Sala de lo Social) estipula que, para poder declarar nulo el despido, “*la prueba ilícita debería haber sido la única o, al menos, la determinante de que se declararan probados los hechos que han supuesto la declaración de procedencia del despido en la sentencia recurrida*”.

<sup>39</sup> Gil Plana, Juan. *La Prueba en el...*, ob. cit., p. 238.

<sup>40</sup> Cfr. Lousada Arochena, José Fernando. *La prueba ilícita...*, ob. cit., pp. 5/11 y 6/11.

<sup>41</sup> Lousada Arochena, José Fernando. *La prueba ilícita...*, ob. cit., p. 6/11.

#### 4.2. ¿Y qué ocurre con la indemnización?

En otro orden de cosas, debemos también señalar que, de forma complementaria, los tribunales deberían aplicar una indemnización que repare el daño causado en la obtención de la prueba violadora del derecho fundamental. Debe recordarse que el art. 183.1 LRJS determina que la apreciación judicial de la vulneración de un derecho fundamental conlleva una indemnización que tenga en cuenta tanto el daño moral como los daños y perjuicios causados; y que, en el apartado tercero, se determina la compatibilidad de esta indemnización “*con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales*”.

Por tanto, aunque en principio el despido nulo no lleva aparejada una indemnización, deberá cuantificarse la que proceda por la violación del derecho fundamental. De la misma manera, aunque se declare improcedente, por entender que la ilicitud de la prueba no afecta a la calificación del despido, habría que fijar el monto de la indemnización por la vulneración del derecho fundamental del trabajador en la obtención de la prueba<sup>42</sup>. En consecuencia, parece que la indemnización es una consecuencia automática derivada de la lesión, siempre y cuando se solicite la misma en la demanda.

No está de más recordar que, en relación con esta indemnización, se requería que el trabajador además de solicitar la indemnización debía aportar elementos objetivos, aunque sean mínimos, para cuantificarla (STS 12 junio 2001 [Rº. 3827/2000, Sala de lo Social<sup>43</sup>]). No obstante, la STS de 5 de octubre de 2017 (Rº. 2497/2015, Sala de lo Social) parece haber dispensado de esta actividad al trabajador. La sentencia resuelve el conflicto planteado por un trabajador que presentó demanda solicitando la nulidad del despido y el abono de la indemnización correspondiente, que se cuantifica exclusivamente tomando como parámetro las sanciones establecidas en la LISOS. Se confirma la indemnización solicitada, atendiendo a la regulación contenida en el art. 183.2 LRJS, el cual establece que “*el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño*”; y válida que se utilice como criterio orientador el monto de las sanciones pecuniarias establecidas en la LISOS, puesto que este criterio, admitido por la STC 247/2006, se considera que “*puede seguir teniéndose como parámetro razonable*”.

<sup>42</sup> Benito-Butrón Ochoa, Juan Carlos. ¿Cabe reconocer la indemnización..., ob. cit., pp. 131 y ss.

<sup>43</sup> En la misma línea la STS de 22 de julio de 1996 (Rº. 7880/1995, Sala de lo Social); STS de 11 de junio de 2012 (Rº. 3336/2011, Sala de lo Social); y STS de 15 de abril de 2013 (Rº. 1114/2012, Sala de lo Social). Con esta doctrina se puso fin al anterior criterio que condenaba a la indemnización, sin necesidad de acreditar un perjuicio, dado que éste se presume existente siempre que se vulnera un derecho fundamental –STS de 9 de junio de 1993 (Rº. 3856/1993, Sala de lo Social); STS de 8 de mayo de 1995 (Rº. 1319/94, Sala de lo Social)–.

Pues bien, sobre esta cuestión, como ya se ha adelantado, se pronuncia también el Tribunal Constitucional en la STC 61/2021, corrigiendo con buen criterio la decisión del Tribunal de suplicación que desestimó su aplicación en el caso de autos. Para el TC, dado que en instancia aparece en el suplico dicha solicitud de la indemnización referida a los derechos fundamentales violados, no resulta congruente que el TSJ la desestimara, cuando, al tiempo, reconoce que la monitorización del ordenador ha dado lugar a una prueba lícita por violación de derechos fundamentales.

Ahora bien, el TSJ actúa así porque entiende que la indemnización se había vinculado a una vulneración de los derechos de los trabajadores como consecuencia del despido, por lo que deberíamos preguntarnos qué hubiera pasado si el Tribunal Constitucional hubiera entendido que no existe una solicitud de indemnización en relación con la vulneración del derecho fundamental en la obtención de la prueba. De hecho, el fallo de la sentencia de instancia es el típico de una sentencia de despido nulo: condena a la readmisión, al abono de los salarios dejados de percibir y a abonar, además, una indemnización (como consecuencia del derecho fundamental lesionado en el despido). Así, si se entiende que el despido no ha producido vulneración de derechos fundamentales debería revocarse la indemnización derivada de dicha actuación empresarial y sólo procederá mantener la que, en su caso, se hubiera solicitado ligada a ilicitud de la prueba. Seguramente esta interpretación no cabe en este supuesto, puesto que, como nos señala el propio Tribunal Constitucional, en la instancia *“la parte actora reclama la declaración de la existencia de la vulneración de los derechos fundamentales señalados en el ordinal primero del suplico de su demanda, una indemnización por daños morales de 51.439,40 euros, la declaración de nulidad del despido disciplinario producido el 8 de mayo de 2017 y, subsidiariamente, su improcedencia”*, por lo que, aparentemente, no se vincula la indemnización exclusivamente a la nulidad del despido, sino que la solicita en relación con todos derechos fundamentales que se entienden lesionados, entre los que se encuentran el derecho a la intimidad y al secreto de comunicaciones unidos a la obtención de la prueba, que, a la postre, son los únicos que se entienden violados.

Para evitar esta posible deriva, creemos que sería recomendable que, con base en el art. 26.2 LRJS, cuando se pretenda la ilicitud de una prueba por violación de derechos fundamentales se solicite de forma expresa la indemnización derivada de la misma independientemente de otras que pudieran concurrir como consecuencia del propio despido (en el caso enjuiciado se pretende una indemnización por la lesión del derecho a la intimidad y al secreto de comunicaciones en la obtención de la prueba y otra por entender que el despido es consecuencia del acoso que sufre la demandante). De esta manera, si se declara la ilicitud de la prueba, independientemente de la calificación del despido (aun en el caso de que se declare procedente sobre la existencia de otras pruebas que acreditan el incumplimiento) no cabría revocar en ningún caso la indemnización derivada de dicha prueba ilícita<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Aunque no se trata del mismo supuesto comentado no podemos dejar de traer a colación la STS de 8 de marzo de 2022 (R<sup>o</sup> 130/2019, Sala de lo Social), que entiende que no cabe *“aplicar de oficio indemnización alguna por la constatada vulneración de derechos fundamentales ya que la parte actora no lo pidió ni en la*

#### 4.3. *¿Acaso no se estará reconociendo al empresario un poder de control que excede del que se derivaría de la celebración de un contrato de trabajo?*

Por último queremos dejar constancia de una última reflexión y es que el debate parece haberse centrado en las consecuencias para el despido de la prueba ilícita y, sin embargo, no se atiende al hecho de que los tribunales sean cada vez más permisivos con la aceptación de ciertas pruebas provenientes de procesos de investigación sobre la persona de los trabajadores.

El poder de control empresarial se justifica en virtud de la libertad de empresa y de su necesidad de verificar el cumplimiento de las órdenes laborales impartidas, así como de su interés en velar por el buen funcionamiento de la organización productiva y puede incluir la investigación de algunos ilícitos en atención a la Ley de Seguridad Privada. Ese poder se encuentra limitado por los derechos fundamentales de los trabajadores recogidos en la normativa nacional e internacional, que exige un deber de información previa a la instalación de los mecanismos de control, especialmente cuando el proceso implica el tratamiento de datos personales de los trabajadores. De este modo, no resulta admisible, desde nuestro punto de vista, el establecimiento subrepticio de mecanismos de vigilancia que afecten a datos personales del sujeto vigilado, ni tan siquiera cuando se persiga satisfacer el interés empresarial en conocer quién sea el sujeto culpable de la comisión de un ilícito, pues ésta sería una atribución que no derivaría de poder de control emanado del contrato. En este sentido, la empresa puede establecer medidas de vigilancia con la finalidad de asegurar la integridad de los bienes, instalaciones y personas, para las que basta con cumplir con una obligación de información mínima y que, desde luego, requieren ocultar las medidas de vigilancia implantadas<sup>45</sup>; y también medidas para controlar la actividad laboral, siendo en este caso el deber de información para con los sujetos, cuyos datos personales se van a ver afectados, más exigente, buscando que cese una conducta inadecuada, pero sin que pudiera reconocerse un eventual poder de investigación que afecte al derecho a la protección de datos e intimidad. La posibilidad de castigar al trabajador por ilícitos laborales, e incluso penales, sólo se reconoce cuando su conocimiento deriva de las medidas de vigilancia que atienden a las finalidades anteriores. Así es como debe entenderse el artículo 89.1, segundo párrafo, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, cuando dispone que, en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos, se entenderá cumplido el deber de informar cuando, al menos,

---

*instancia, ni en el trámite de impugnación al recurso de suplicación, ni siquiera lo ha solicitado en su impugnación al presente recurso de casación para la unificación de la doctrina, en cuyo escrito solicita expresamente que “se desestime el recurso por ser adecuada a derecho la sentencia recurrida, confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de septiembre de 2018 en su integridad”, que es, precisamente, lo que esta resolución establecerá en su parte dispositiva”.*

<sup>45</sup> De alguna manera este razonamiento se sigue por la STSJ de Galicia, de 28 de junio de 2021 (Rº. 1545/2021, Sala de lo Social)

se hubiese colocado un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible. La norma se refiere al denominado control indirecto de la relación laboral que surge del hallazgo casual, esto es, cuando mediante un sistema de cámaras de vigilancia previsto con fines de seguridad, se captan conductas sancionables. Este control indirecto está directamente relacionado con la videovigilancia para garantizar la seguridad en la empresa, para la que se establece como mecanismo de información la exposición en lugar visible de carteles informativos, de acuerdo con el art. 22.4 de la norma<sup>46</sup> y, desde luego, no legitima la denominada videovigilancia encubierta. Cuestión distinta es que esa reducción de exigencia legalmente establecida se considere compatible con el derecho de protección de datos por parte del Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras la entrada en vigor de la nueva normativa al respecto<sup>47</sup>. En nuestra opinión ni el Reglamento (UE) 2016/679, ni la Ley Orgánica 3/2018 amparan la realización de métodos de control de la actividad laboral no informados o encubiertos. Las resoluciones judiciales que legitiman estos mecanismos de control que, en ocasiones, ni siquiera están operados por los sujetos legalmente previstos<sup>48</sup>, no podrían ampararse en la STEDH López Ribalda (II), dictada con posterioridad a esta normativa. Esta sentencia ha avalado su utilización cuando concurren unas circunstancias muy concretas, pero siempre que, no olvidemos, se cumplan las previsiones legales, las cuales, en nuestro ordenamiento, han sufrido un importante cambio desde que se produjeron los hechos que dieron lugar a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>49</sup>.

Desde nuestro punto de vista, el énfasis debe ponerse en la necesidad de realizar un análisis más riguroso de la licitud de las pruebas que pretendan aportar las partes al proceso, previo a su admisión. Resulta necesario recordar que el juez de instancia es quien debe velar por la protección de los derechos fundamentales de las partes, tal y como viene a señalar lo dispuesto en el artículo 90.4 de la LRJS. De este modo, debería insistirse en la obligación de inadmitir la proposición de pruebas que se hubieran obtenido con vulneración de derechos fundamentales. Solamente de este modo se podrían tutelar mejor los intereses de las personas trabajadoras y deslindar claramente entre la tutela de derechos fundamentales y las consecuencias de sanciones disciplinarias adoptadas por el empresario.

---

<sup>46</sup> Altés Tárrega, Juan Antonio. La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos digitales laborales y la incidencia de la STEDH López Ribalda (II). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55, 2020, pp. 343 y ss.

<sup>47</sup> Cuestión ésta sobre la que, como señala García Rubio, seguimos a la espera de un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, pese a la oportunidad que tuvo para hacerlo en su sentencia 160/2021, de 4 de octubre. García Rubio, María Amparo. Control tecnológico empresarial y nuevos problemas aplicativos tras la L.O. 3/2018. Una mirada desde el deber de información previa, *Labos*, Vol. 3, No. 1, pp. 32 y ss.

<sup>48</sup> Altés Tárrega, Juan Antonio. Los sujetos implicados en el control empresarial de la videovigilancia empresarial [en línea]. En Kahale Carrillo, Djamil Tony, Consideraciones a la industria 4.0 desde varias perspectivas: jurídica y económica. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021.

<sup>49</sup> Altés Tárrega, Juan Antonio. La videovigilancia encubierta..., ob. cit. pp. 345 y ss.



## Bibliografía

- Altés Tárrega, Juan Antonio. La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos digitales laborales y la incidencia de la STEDH López Ribalda (II). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55, 2020, pp. 327-362.
- Altés Tárrega, Juan Antonio. Los sujetos implicados en el control empresarial de la videovigilancia empresarial [en línea]. En Kahale Carrillo, Djamil Tony, *Consideraciones a la industria 4.0 desde varias perspectivas: jurídica y económica*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021.
- Asencio Mellado, Jose María. La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita [en línea]. *Diario La Ley*, 9499, 2019.
- Armenta Deu, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Barcelona, Marcial Pons, 2009.
- Baviera Puig, Inmaculada. Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas [en línea]. *Revista Doctrinal Aranzadi*, 12, 2008.
- Benito-Butrón Ochoa, Juan Carlos. ¿Cabe reconocer la indemnización de daños cuando se declara nula una prueba con lesión de derechos fundamentales, aunque el despido no sea declarado nulo (solo improcedente)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha 25/2018, de 12 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 421, 2018, pp. 124-133.
- Casas Baamonde, María Emilia. Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 4, 2021.
- Colás Neila, Eusebi. Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales. Sentencia comentada: STSJ de Madrid de 31 de enero 2002 [en línea]. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5, 2002.
- Colás Neila, Eusebi; Yélamos Bayarri, Estela. Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad [en línea], XXIX Jornades catalanes de Dret Social - “Noves tecnologies i relacions laborals”. Barcelona, España, 2018.
- Díaz Cabiale, José Antonio; Martín Morales, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid, Civitas, 2001.
- Fernández Acebo, María Dolores. *La tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano*. A Coruña, 2013. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/11704>
- García Moreno, V. Alberto. La Lista Falciani y la posibilidad de utilizar la prueba ilícitamente obtenida. El Tribunal Constitucional ha dicho la última palabra [en línea]. *Diario La Ley*, 9509, 2019.
- García Perrote Escartín, Ignacio. A proba no proceso laboral: algúns puntos críticos recentes. *Revista Galega de Dereito Social*, 13, 2021, pp. 9-20.ç

- García Rubio, María Amparo. Control tecnológico empresarial y nuevos problemas aplicativos tras la L.O. 3/2018. Una mirada desde el deber de información previa. *Labos*, Vol. 3, No. 1, pp. 21-46.
- Garriga Domínguez, Ana. El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia constitucional. En *Nuevos retos para la protección de Datos Personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid, Dykinson, 2016.
- Gil Plana, Juan. *La Prueba en el Proceso Laboral*. Madrid, Aranzadi, 2005.
- Gómez Colomer, Juan Luis. La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato. En Gómez Colomer, Juan Luis (coord.), *Prueba y proceso penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- González-Cuéllar Serrano, Nicolás. *La prueba en el proceso administrativo*. Madrid, Colex, 1992.
- Goñi Sein, José Luis. *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2007.
- Lousada Arochena, José Fernando. La prueba ilícita en el proceso laboral [en línea]. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 11, 2006.
- Martín Flórez, Lourdes, La nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción social [en línea]. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 31, 2012.
- Moya Amador, Rosa. La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 10, 2013.
- Pedrajas Moreno, Abdón. *Despido y derechos fundamentales. Un estudio especial de la presunción de inocencia*. Madrid, Trotta, 1992.
- Quílez Moreno, José María. La garantía de Derechos Digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores [en línea]. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 217, 2019.
- Segalés Fidalgo, Jaime. La nulidad de la prueba que sostiene las imputaciones en un despido provoca también la de éste último. Control de la intimidad informática mediante autorización judicial. Comentario a la STSJ País Vasco, de 12 de septiembre de 2006 [en línea]. *Aranzadi Social*, 3, 2006.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente; San Martín Mazzucconi, Carolina. *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Pamplona, Aranzadi, 2002.
- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Miguel. *Prueba ilícita y nulidad del despido*. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 3, 2021, pp. 13 26