

Grado en Derecho
Trabajo de Fin de Grado (21067/22747)
Curso académico 2021-2022

**LOS EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA SOBRE
LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO**
ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/2021, DE 15 DE MARZO

Blanca Zuriguel Alonso
NIA 216686

Tutora del trabajo
Consuelo Chacartegui Jávega



DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD

Yo, **Blanca Zuriguel Alonso**, certifico que el presente Trabajo no ha sido presentado para la evaluación de ninguna otra asignatura, ya sea en parte o en su totalidad. Certifico también que su contenido es original y que soy la única autora, no incluyendo ningún material anteriormente publicado o escrito por otras personas salvo en aquellos casos indicados a lo largo del texto.

Como autora de la memoria original de este Trabajo de Fin de Grado autorizo a la UPF a depositarla y publicarla en el e-Repositori; Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en cualquier otra plataforma digital creada por o participada por la Universidad, de acceso abierto por Internet. Esta autorización tiene carácter indefinido, gratuito y no exclusivo, es decir, soy libre de publicarla en cualquier otro sitio.

Blanca Zuriguel Alonso

Barcelona, a 15 de mayo de 2022

Resumen

Los efectos que debe tener la prueba ilícita en la calificación del despido es una cuestión que ha generado opiniones diversas dentro de la doctrina y jurisprudencia. Por este motivo, han surgido diferentes tesis, ya que existen partidarios de que la ilicitud de la prueba conlleve la nulidad del despido, mientras que otro sector apuesta por la desvinculación entre la ilicitud de la prueba y la calificación del despido. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta problemática en la STC 61/2021, de 15 de marzo. No obstante, en esta resolución ha argumentado que no era el órgano adecuado para pronunciarse sobre cuál de las interpretaciones del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores debe prevalecer, si bien señala que la tesis de la improcedencia no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Hemos analizado el impacto de esta resolución en las sentencias posteriores, de ello hemos extraído que continúan coexistiendo diversas tesis, ya que mientras algunas resoluciones utilizan la Sentencia para reforzar la tesis de la improcedencia, otras se amparan en el hecho de que la misma reconoce la diversidad de opiniones en la materia para sostener la tesis de la nulidad.

ÍNDICE

<i>Introducción</i>	5
<i>1. Breve recorrido en torno a la calificación del despido disciplinario: la diferencia entre los efectos justifica la importancia práctica de la cuestión objeto de análisis del trabajo</i>	7
<i>2. La prueba ilícita en el proceso laboral</i>	10
2.1. La prueba en el proceso laboral: la importancia de la actividad probatoria como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva	10
2.2. La prueba ilícita: la violación de los derechos fundamentales como límite a la actividad probatoria	13
2.2.1. El artículo 11.1 LOPJ: no podemos obviar la existencia de un debate sobre la relación del precepto con la doctrina de los frutos del árbol envenenado.....	15
2.2.2. Acogida de la prohibición por la jurisdicción social-laboral y aplicación supletoria de la regulación en materia civil	17
<i>3. La calificación del despido cuando ha intervenido prueba ilícita: convivencia en la doctrina y jurisprudencia de diversas tesis</i>	18
3.1. Argumentos a favor de la calificación del despido como nulo: la ilicitud de la prueba implica la nulidad del despido	18
3.2. Argumentos a favor de la calificación del despido como improcedente: desvinculación entre la obtención de la prueba y la calificación del despido	23
3.3. Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021: la cuestión continúa abierta	26
3.3.1. Antecedentes de hecho e <i>iter</i> judicial del supuesto: breves consideraciones que enmarcan el objeto de debate	26
3.3.2. Decisión del Tribunal Constitucional: la tesis de la desvinculación tiene anclaje positivo en nuestro ordenamiento jurídico	27
3.3.3. Voto particular: la cuestión es controvertida en la propia sede del Tribunal	29
3.3.4. Algunas consideraciones respecto de la decisión del Tribunal Constitucional.....	30
3.4. Análisis de la jurisprudencia posterior: la tesis de la nulidad continúa presente .	33
<i>Conclusiones</i>	38
<i>Bibliografía</i>	41
<i>Jurisprudencia</i>	43
<i>Normativa</i>	44

Introducción

Una problemática recurrente que se da en la práctica judicial en la jurisdicción social es determinar qué calificación se le debe dar al despido disciplinario cuando en la obtención de la prueba que servía para fundamentar la decisión empresarial se han visto vulnerados los derechos fundamentales del trabajador y, por lo tanto, la misma es considerada ilícita.

En otras palabras, en estos casos nos estamos preguntando qué efectos debe tener la ilicitud de la prueba respecto de la calificación del despido. Asimismo, estamos analizando qué interpretación se le debe dar al artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores¹ cuando señala 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”.

Ello tiene una gran importancia práctica, puesto que, como analizaremos posteriormente, las diferentes calificaciones del despido (procedencia, improcedencia y nulidad) comportan unos efectos dispares. Además, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión recientemente de pronunciarse sobre la cuestión en su STC 61/2021, de 15 de marzo, así que creemos que por ello actualmente este objeto de estudio ha cobrado una especial relevancia.

El presente trabajo tiene diversos objetivos. Por un lado, se pretende analizar cuáles son las diferentes posturas o tesis que han surgido como respuesta a este interrogante para poder observar cuáles son los principales argumentos que permiten sostenerlas, así como la viabilidad y anclaje de los mismos. Además, queremos examinar la postura que adopta el Tribunal Constitucional en su resolución y bajo que motivación la sustenta, viendo en contraposición los motivos en los que se fundamenta el voto particular para emitir una opinión disidente a la mayoritaria. Por último, señalar que el objetivo central del trabajo es analizar el estado actual de la cuestión para ver que influencia e impacto ha tenido la resolución del Tribunal Constitucional.

Por lo que se refiere a la literatura existente en la materia, para abordar esta temática utilizaremos tanto manuales de derecho del trabajo, con el objetivo de poder enmarcar

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

teóricamente los conceptos tratados, como artículos doctrinales, puesto que es una cuestión que ha suscitado opiniones disidentes entre los autores.

En lo referido a la metodología utilizada, hemos empleado un método descriptivo y analítico que se plasma en la estructura de trabajo. Primero, se analizará de forma breve qué calificaciones puede recibir el despido disciplinario, centrándonos en su margo legal y efectos. Posteriormente, se dedicará un apartado a la prueba ilícita para poder enmarcar el alcance del concepto, así como examinar su regulación y tratamiento.

En el apartado siguiente analizaremos propiamente la calificación del despido cuando ha intervenido prueba ilícita. El problema que se nos plantea llegados a este punto es determinar qué calificación se le debe otorgar al despido disciplinario cuando, efectivamente, se constata que en las pruebas que lo fundamentan ha sido vulnerado algún derecho fundamental.

Partiremos de la base que se ha declarado nula la única prueba en la que se fundamentaba la decisión empresarial, es decir, entenderemos que la prueba ilícita no coexiste con otras o que las restantes resultarían insuficientes para acreditar la causa que motiva la decisión empresarial.

El núcleo de la cuestión radica en si necesariamente debe ser calificado como nulo o bien puede ser calificado igualmente improcedente, esta segunda opción opta por establecer una separación al dejar la prueba ilícita al margen de la posterior calificación del despido.

Estas dos tesis parecen tener acogida en la doctrina y jurisprudencia a partir de diversos argumentos que analizaremos sin hacer un estudio exhaustivo, sino una exposición de las principales líneas argumentales. Cabe avanzar que la legislación no nos da una respuesta concluyente al respecto, si bien sirve de base para sostener ambas posturas. Posteriormente, centraremos nuestra atención en la resolución del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo, para seguidamente examinar las resoluciones más recientes en la materia y así valorar el impacto de la misma.

1. Breve recorrido en torno a la calificación del despido disciplinario: la diferencia entre los efectos justifica la importancia práctica de la cuestión objeto de análisis del trabajo

Cuando el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) aborda la regulación de la extinción del contrato de trabajo, enumera en su artículo 49 una serie de motivos que darían lugar a la misma. Es ahí donde menciona, en la letra k) de su apartado primero, que el contrato puede extinguirse “por despido del trabajador”. Posteriormente, el artículo 54 ET es el encargado de presentarnos y desarrollar esta modalidad de extinción de la relación laboral basada en una decisión del empresario² que tiene como motivo un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador. Respecto de la regulación de esta figura, conviene tener en cuenta los artículos 55 a 57 ET.

La gravedad deberemos interpretarla como de entidad importante y el requisito de la culpabilidad se dará cuando la conducta en la que se fundamenta el despido le sea imputable al trabajador³. Esta imputabilidad puede ser por dolo, culpa, malicia o negligencia. Asimismo, debe tratarse de un incumplimiento contractual, esto es, referido a las obligaciones del contrato o bien a las normas aplicables al mismo.⁴

Por lo que se refiere a la legislación procesal laboral, debemos señalar que los artículos 103 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS)⁵ se dedican a la regulación del procedimiento de despido disciplinario. De acuerdo con la autora Fernández López⁶, este consiste en “un proceso encaminado a ventilar la pretensión del trabajador de impugnar la decisión extintiva del empresario”.

Posteriormente, el artículo 54 ET en su apartado segundo procede a enumerar una serie de conductas que darían lugar a un despido disciplinario, ello abre una discusión sobre si se trata

² El despido disciplinario es considerado como la manifestación más grave e intensa del poder sancionador del empresario. Lefebvre, F. (2021). *Memento práctico social, 2020-2021*. Madrid: Francis Lefebvre, pág. 2190

³ García Perrote Escartín, I. (2020). *Manual de derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 665

⁴ Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J. (2020). *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, pág. 841

⁵ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

⁶ Fernández López, M. F. (2012). *Los procesos especiales en la jurisdicción social*. Bomarzo, pág. 21

de una lista tasada o no. Si bien parece tener mayor acogida y justificación la tesis de que no se trata de un *numerus clausus*, puesto que en la legislación laboral se prevén otras causas que también pueden motivar el despido disciplinario y, en cualquier caso, el artículo 54.2 ET⁷ es lo suficientemente amplio para incluir casos muy diversos y distintos de incumplimiento contractual.

Debemos tener en cuenta que, si bien la decisión del empresario extinguiría la relación contractual, el trabajador cuenta con la posibilidad de impugnar en un plazo de veinte días desde el día siguiente a la fecha de producción de este, según el artículo 59.3 ET, tras ello se procedería a una necesaria calificación jurídica del despido. En este sentido, tal y como se desprende tanto del artículo 55 ET como del artículo 108 LRJS, la extinción deberá recibir una de las siguientes calificaciones: procedente, improcedente o nula. Es importante matizar que estas tres calificaciones son las únicas posibles. Esta cuestión no solo responderá a los diferentes motivos que se establecen legalmente para las mismas, sino que tendrá una serie de efectos con diferencias de gran importancia.

Para empezar, el despido deberá ser calificado como procedente en caso de que el empresario haya cumplido los requisitos formales exigidos por el artículo 55.1 ET y, además, haya quedado acreditada la concurrencia de la causa de incumplimiento invocada en la comunicación escrita. En este supuesto, la consecuencia principal y directa sería la extinción del contrato, que se convalidaría (realmente en este caso la sentencia tendría efectos declarativos). Asimismo, el trabajador afectado quedaría en situación legal de desempleo.

Por otro lado, el despido será considerado como improcedente, bien cuando no se acredite el incumplimiento que ha sido alegado por el empresario o en caso de no haberse cumplido con los requisitos de forma exigidos por el artículo 55.1 ET. La consecuencia será que el empresario pueda optar entre la readmisión del trabajador o una indemnización, de acuerdo con el artículo 56 ET y con el artículo 110 LRJS. En caso de optar por la readmisión corresponderá, además, el abono de los salarios de tramitación⁸.

⁷ Las causas que enumera el artículo 54.2 ET son: faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad, indisciplina o desobediencia, ofensas verbales o físicas, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, disminución continuada y voluntaria de rendimiento, embriaguez habitual o toxicomanía y acoso.

⁸ Debemos tener en cuenta que en la reforma efectuada por el RDL 3/2012 se elimina la correspondencia del salario de tramitación para los casos en que opte por la indemnización.

No obstante, en el supuesto especial de que el trabajador afectado sea un representante legal de los trabajadores o bien un delegado sindical, será él quien deba ejercer la opción y no el empresario y, aunque optase por la opción de la indemnización, tendría derecho a percibir los salarios de tramitación, tal y como establece el artículo 56.4 ET y el artículo 110.2 LRJS.

En este escenario del despido improcedente, si el empresario no optase por ninguna de las dos opciones, se entenderá que opta por la readmisión basándonos en el artículo 56.3 ET y lo mismo se aplica para el trabajador que sea representante legal o delegado sindical.

Por último, el despido deberá ser calificado como nulo en caso de que su móvil sea alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución Española (en adelante CE) o por la ley o cuando la extinción vulnere los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, así como en los supuestos de ejercicio de los derechos de conciliación con la vida familiar (estos están recogidos tanto por el artículo 55.5 ET en su segundo párrafo, como por el artículo 108.2 párrafo segundo LRJS). En este último caso, no será calificado como nulo si se declarase la procedencia del despido por motivos ajenos. La consecuencia de la nulidad será la readmisión de forma inmediata del trabajador, así como el abono de los salarios de tramitación, de acuerdo con el artículo 55.6 ET y el artículo 113 LRJS.

Además, cabe destacar que, independientemente de la calificación que se le otorgue al despido, cuando exista una violación de derechos fundamentales, esta traerá aparejada una indemnización en virtud del artículo 183 LRJS.⁹

Queremos mencionar también la regulación internacional al respecto, pues debemos tener presente la existencia del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo¹⁰. Tal y como pone de relieve López López¹¹, esta norma “exige una causalidad vinculada a la defensa del trabajador frente a la decisión extintiva”, pues en su artículo 4 señala que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a

⁹ Volveremos sobre esta cuestión posteriormente, ya que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado.

¹⁰ Este ha sido ratificado por España mediante el Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982.

¹¹ López López, J. (2012). Elementos de definición del modelo de relaciones laborales por las normas de OIT y comunitarias: la desestabilización por la Reforma Laboral (2012). *Revista de derecho social vLex*, (57), 37-50, págs. 43-44

menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. La autora destaca que dicho precepto, en combinación con los artículos 7 y 8 de la misma norma, son los que pretenden establecer una conexión entre la causalidad del despido con el derecho del trabajador a la defensa frente a los despidos injustos.

2. La prueba ilícita en el proceso laboral

2.1. La prueba en el proceso laboral: la importancia de la actividad probatoria como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva

En palabras del artículo 24.2 CE “todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. Por tanto, el derecho a la prueba es una consecuencia de la prohibición de indefensión, de ahí su gran importancia para poder garantizar un efectivo derecho a la tutela judicial¹².

Como señala Cachón Cadenas¹³, desde la óptica de las partes en el proceso, la prueba puede ser definida como la actividad procesal que se dirige a conseguir convencer al tribunal sobre su versión de los hechos litigiosos o controvertidos. En definitiva, se trata de que las partes puedan justificar los hechos “trayendo al proceso la realidad acaecida fuera del mismo”, como apunta Nieva Fenoll¹⁴. Por otro lado, desde la perspectiva del tribunal se trataría de la actividad procesal encaminada a determinar cuál de las versiones es la que se ajustaría a la realidad. Este derecho implica desde la admisión hasta la valoración de las pruebas, pasando por la práctica de estas.

No obstante, se trata de un derecho de configuración legal, tal y como recuerda el Tribunal Constitucional en las Sentencias 121/2004, de 12 de julio y 88/2004, de 10 de mayo. Así pues, será tarea del legislador establecer una serie de normas que regulen su ejercicio y configuración en los diferentes órdenes jurisdiccionales. Por lo que se refiere al orden social-laboral, encontramos la regulación sobre la materia en la LRJS en sus artículos 90 y siguientes, si bien

¹² López Guerra, L., Espín Templado, E., García Morillo, J., Pérez Tremps, P. y Satrústegui, M. (2018). *Derecho Constitucional Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 328

¹³ Cachón Cadenas, M. J. (2021). *Introducción al enjuiciamiento civil*. Madrid: Atelier, pág. 323

¹⁴ Nieva Fenoll, J. (2019). *Derecho procesal I: Introducción*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 127

se aplicará la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)¹⁵ de manera supletoria en sus artículos 281 y siguientes, tal y como establece la disposición final cuarta de la LRJS.

La actividad probatoria estará configurada por las afirmaciones que efectúan las partes sobre los hechos que sean controvertidos, así como las máximas de experiencia o el conocimiento especializado, de acuerdo con lo que establecen los artículos 87.1 LRJS y 281 LEC. En cambio, el derecho no constituye objeto de la prueba, si bien en la regulación podemos encontrar una serie de excepciones, ya que es posible la prueba sobre la costumbre y los usos (si existiese discrepancia entre las partes en el proceso)¹⁶, el derecho extranjero y los convenios colectivos que no estén publicados en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE)¹⁷. Ello conlleva que no deban ser probados los hechos admitidos por las partes (salvo que se trate de materias indisponibles) ni tampoco los hechos de notoriedad absoluta y general, de acuerdo con el artículo 281.4 LEC. Además, tampoco serán objeto de prueba los hechos amparados por presunciones legales, de acuerdo con el artículo 385 LEC, así como los que sean objeto de una presunción judicial, de acuerdo con el artículo 386 LEC.¹⁸

No obstante, no se trata de un derecho ilimitado o absoluto, sino que es necesario que las pruebas solicitadas reúnan una serie de requisitos, esto es, ser pertinentes, útiles (artículo 87.1 LRJS) y lícitas. Con la pertinencia nos estamos refiriendo a que mantengan relación con el objeto del proceso y con la utilidad hacemos alusión a que sirvan para el fin de averiguar la realidad sobre los hechos que han sucedido. Por lo que respecta al concepto de licitud de la prueba, su análisis constituirá el objeto del apartado siguiente.

Respecto de la cuestión relativa a la carga probatoria, la norma general es que, tal y como se deriva del artículo 217 LEC, la parte actora debería probar los hechos constitutivos y la parte demandada los hechos impeditivos, extintivos y excluyente. Por tanto, siguiendo esta regla,

¹⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁶ En el ámbito laboral, estos usos y costumbres han de ser locales y profesionales según el artículo 3.1d) ET que se aplicarán en efecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, salvo que contasen con una recepción o remisión expresa de acuerdo con el artículo 3.4 ET.

¹⁷ Respecto de la prueba de los convenios colectivos no publicados en el BOE, existen especialidades a tener en cuenta, en su caso, para los convenios que están publicados en los diarios oficiales de las comunidades autónomas, tal y como ha establecido el TC en la Sentencia 151/1994, de 23 de mayo.

¹⁸ Nores Torres, L.E., Esteve Segarra, A. y Goerlich Peset, J.M. (2019) *Curso de derecho procesal laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 176

cada parte debe probar los hechos que ha alegado, si bien existen una serie de excepciones o modulaciones¹⁹ establecidas legalmente para algunos supuestos.

Respecto del procedimiento de la actividad probatoria, la norma general es que en la demanda o al concluir las alegaciones las partes informen al órgano jurisdiccional sobre sus intenciones de hacer uso de medios probatorios, por tanto, se establece una petición genérica para abrir el proceso probatorio que se conoce como pleito a prueba. Entonces, salvo que se trate de medios inútiles o impertinentes, el órgano jurisdiccional deberá conceder el pleito a prueba.

Llegados a este punto, es necesario que las partes propongan los concretos medios de prueba de los que pretenden valerse para demostrar los hechos controvertidos. En este momento hablamos de una petición concreta en contraposición con la petición genérica a la que hacíamos alusión anteriormente.

Respecto de los medios probatorios de los que disponen las partes en el proceso, el artículo 90 LRJS se refiere a que está permitido el uso de “cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba”. Los medios probatorios que encontramos en la legislación son: el interrogatorio de parte (artículos 91 LRJS y 301 y siguientes LEC), el interrogatorio de testigos (artículos 92 LRJS y 360 y siguientes LEC), la prueba pericial (artículos 93 LRJS y 335 y siguientes LEC), la prueba de asesores (artículo 95 LRSJ), la prueba documental tanto de documentos públicos como privados (artículos 94 LRSJ y 317 y siguientes LEC) y el reconocimiento judicial (artículos 87.1 LRJS y 353 y siguientes LEC).

Tras ello, será el órgano jurisdiccional quien deba pronunciarse sobre si acepta o no un concreto medio de prueba y se procedería a la práctica de estas, tras la cual será necesario que se efectúe una valoración por parte del juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Esta cuestión se reflejará en la sentencia, de acuerdo con el artículo 97.2 LRJS.

¹⁹ En caso de alegar la discriminación o vulneración de derechos fundamentales, basta con aportar una prueba indiciaria para que posteriormente sea el empleador quien debe probar lo contrario, tal y como establecen los artículos 96.1 y 181.2 LRJS. En casos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, corresponde a los deudores y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas que fuesen necesarias para la prevención o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad según el artículo 96.2 LRJS. También será necesario tener en cuenta los supuestos donde deba probar la parte que tenga mayores facilidades, de acuerdo con el artículo 217.6 LEC.

2.2. La prueba ilícita: la violación de los derechos fundamentales como límite a la actividad probatoria

Antes de empezar con el desarrollo del presente apartado, creemos necesario hacer una delimitación conceptual y terminológica. En ocasiones la doctrina y jurisprudencia no son unánimes con el significado que debe darse al concepto de “prueba ilícita”. Esta cuestión ha sido analizada, entre otros, por el profesor Picó i Junoy²⁰, quien señala que podría darse una contradicción legal y discutirse si el alcance de la prueba ilícita se limita a la prueba obtenida o practicada²¹ con vulneración de derechos fundamentales o bien se extiende a aquella prohibida por la ley²². La solución que nos propone, que además es la mayoritaria, se basa en que nuestro ordenamiento habría optado por un concepto restrictivo, que sería el más acorde con el marco constitucional, es decir, solo sería prueba ilícita la que hubiese vulnerado derechos fundamentales. En este trabajo acogeremos esta postura y, por tanto, es el significado que le daremos al término.

Conviene también señalar que se entiende de forma mayoritaria que el término “derecho fundamental” no hace alusión a cualquier tipo de derecho, ya que ni siquiera todos los derechos constitucionales pueden ser considerados como derechos fundamentales en sentido estricto, sino simplemente aquellos que la CE ha “considerado como núcleo central del *status* jurídico del individuo”²³. Estos serían los recogidos en los artículos 14 a 19 CE, es decir, el principio de igualdad y los derechos fundamentales que conforman la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I CE.

No obstante, en la práctica habrá una serie de derechos que por su propia naturaleza sean más susceptibles a esta vulneración, como son los contenidos en el artículo 18 CE, es decir, el derecho a la intimidad, a la propia imagen o el secreto de las comunicaciones. Debemos tener

²⁰ Picó i Junoy, J. (2007). Alcance de la prueba ilícita en la LEC. *Justicia: revista de derecho procesal*, (3), 122-124

²¹ Si bien existe debate sobre si debe entenderse incluida solo la prueba obtenida o bien tiene cabida también la practicada. No obstante, en el presente trabajo nos interesa mayoritariamente la vertiente de la prueba obtenida.

²² La posible contradicción al respecto deriva de la literalidad de los artículos 11.1 LOPJ y 287 LEC en contraposición con el artículo 283.3 LEC que parecen dar significados opuestos al término.

²³ López Guerra, L., Espín Templado, E., García Morillo, J., Pérez Tremps, P. y Satrústegui, M. (2018). Op. Cit., pág. 130

en cuenta que en el ámbito del proceso laboral existe un ejercicio de poder por parte del empresario que puede conllevar un gran riesgo de abusos debido a la desigualdad de las partes. Asimismo, la problemática de la prueba ilícita cobra un mayor papel en el campo de las Tecnologías de Información y Comunicación al ser potencialmente vulneradoras de derechos fundamentales, tal y como señalan Colás-Neila y Yélamos²⁴.

En consonancia con lo anterior, cabe destacar, como señala Fernández López²⁵ que, si bien la prohibición se establece de una forma neutra para proteger a cualquier parte del proceso laboral, en la práctica (y por la relación de sujeción que se genera) se nos muestra que la parte protegida será el trabajador. En este mismo sentido, apunta que ya no solo se trata de la prohibición de la violación de derechos fundamentales, sino también de establecer un límite “a partir del cual la organización no puede incidir legítimamente sobre el área de libertad del trabajador”.

Si bien no entraremos a fondo sobre la cuestión de determinar cuándo en un supuesto concreto la prueba ha vulnerado o no derechos fundamentales, pues rebasaría el objeto de análisis de este trabajo, creemos conveniente destacar la dificultad práctica que radica en esta problemática. Fernández López señala al respecto que, según la postura que adopta el Tribunal Constitucional en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, “se trataba de hallar un punto de equilibrio entre el interés público a que prevalezca la verdad en el seno del proceso y el derecho del ciudadano a no ver restringidos sus derechos y libertades más allá de lo estrictamente razonable.”

Como ya sabemos, la licitud de la prueba constituye un límite extrínseco a la actividad probatoria. Por lo que respecta a esta prohibición a la que hemos ido haciendo referencia, la encontramos plasmada en diferentes fuentes legislativas que seguidamente trataremos de forma individualizada.

²⁴ Colás-Neila, E. y Yélamos Bayarri, E. (2018). 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 Josep de Quintana Pellicer, Mar Mirón Hernández y Francisco Pérez Durán (Dirs.), *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves Tecnologies i relacions laborals*, 255-283, pág. 2

²⁵ Baylos Grau, A., Cruz Villalón, J. y Fernández López, M. F. (1995). *Instituciones de derecho procesal laboral*. Trotta, págs. 168-169

2.2.1. El artículo 11.1 LOPJ: no podemos obviar la existencia de un debate sobre la relación del precepto con la doctrina de los frutos del árbol envenenado

La primera plasmación de esta prohibición que debemos mencionar es el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)²⁶, que establece que “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Asimismo, esta prohibición mantiene relación con el artículo 7.1 LOPJ, que señala que “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”.

Respecto del artículo 11.1 LOPJ, se ha discutido si acoge o no la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Esta doctrina vendría a determinar que no puedan ser eficaces las pruebas que, aunque han sido obtenidas de un modo válido, son consecuencia de una primera actividad ilícita donde se han vulnerado derechos fundamentales. Es decir, si una prueba en base a algún nexo se relaciona con otra prueba ineficaz por vulnerar derechos fundamentales, esta también devendría ineficaz por estar contaminada.

Esta doctrina tiene su origen en Estados Unidos y surge con el caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 U.S. 385, 40 S. Ct. 182, 64 L. Ed. 319, 1920), si bien fue establecida posteriormente en el caso *Nardone v. United States* (308 U.S. 338, 60 S. Ct. 266, 84 L. Ed. 309, 1939)²⁷. Muchos autores y jurisprudencia ven en los términos “directa o indirectamente” la plasmación de esta tesis. No obstante, es una cuestión un tanto controvertida.

El autor Miranda Estrampes²⁸ apunta a que efectivamente se ha acogido esta doctrina en el artículo 11.1 LOPJ, si bien señala que existen toda una serie de excepciones que también han sido puestas de manifiesto por la jurisprudencia norteamericana.

²⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

²⁷ Andino López, J.A. (2017). La doctrina de los frutos del árbol prohibido. *Diario La Ley*, (8943), pág. 2

²⁸ Miranda Estrampes, M. (2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista catalana de seguretat pública*, 131-151

La postura defendida por Picó i Junoy²⁹ argumenta que el origen del precepto lo debemos encontrar en la STC 114/1984, de 29 de noviembre. Su planteamiento defiende que esta resolución relaciona los conceptos de fuente de prueba e infracción directa de un derecho fundamental, lo que daría sentido al artículo 11.1 LOPJ, puesto que “es nulo todo elemento probatorio logrado directamente con vulneración de derechos fundamentales (fuente de prueba), como también lo es el concreto medio de prueba a través del cual se intenta introducir el citado elemento probatorio en el proceso, pues ello implica vulnerar indirectamente otros derechos fundamentales”.

Colás-Neila y Yélamos³⁰ también sostienen que este precepto no recoge la doctrina de los frutos del árbol envenenado y ello será relevante al analizar su tesis respecto de la calificación del despido en los supuestos en que ha intervenido prueba ilícita.

Queremos hacer mención también a la postura de Andino López³¹, quien apunta que el artículo 11.1 LOPJ no recoge la doctrina y que, en caso de acogerse en España, ha sido a través de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y no de la LOPJ, así que vemos que dejaría la puerta abierta a una acogida jurisprudencial.

Por último, podemos destacar también la opinión de Lousada Arochena³², quien, si bien considera que el artículo 11.1 LOPJ es fruto de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, sí ve en los términos “directa o indirectamente” una plasmación clara de la doctrina de los frutos del árbol envenenado al señalar que “tal norma avala la distinción entre pruebas ilícitas directas, que son las obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, e indirectas, que son las conectadas causalmente con las pruebas ilícitas directas, quedando podridas -es la doctrina del fruto del árbol envenenado, o el efecto dominó de la ilicitud de la prueba-”.

²⁹ Andino López, J.A. (2017). Op. Cit., pág 6

³⁰ Colás-Neila, E. y Yélamos Bayarri, E. (2018). Op. Cit., pág 4

³¹ Andino López, J.A. (2017). Op. Cit., pág 6

³² Lousada Arochena, J.F. (2006) La prueba ilícita en el proceso laboral. *Aranzadi social*, (11), 825-838

En nuestra opinión, si bien no consideramos que el artículo 11.1 LOPJ acoja por sí mismo la doctrina de los frutos del árbol envenenado, sí consideramos que en el ámbito de derecho penal se puede hablar de una aplicación jurisprudencial de esta doctrina.

Conviene apuntar que la STC 114/1984, de 29 de noviembre resuelve un recurso de amparo en un supuesto suscitado a partir de un pleito laboral donde se discutía acerca de una prueba obtenida mediante la grabación de una conversación sin conocimiento de ello por parte de uno de los dos interlocutores y que se utilizaba para fundamentar la procedencia de un despido disciplinario. Si bien el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo, pues finalmente admite la prueba como lícita, es importante por la doctrina que asentó respecto de la ilicitud de la prueba obtenida violentando derechos fundamentales, pues señala que puede existir una imposibilidad de estimación procesal “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”.

2.2.2. Acogida de la prohibición por la jurisdicción social-laboral y aplicación supletoria de la regulación en materia civil

Por su parte, la legislación procesal en el orden laboral también ha plasmado este límite en el artículo 90.2 LRJS que establece que “No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas.”

Además, este artículo continúa regulando las consecuencias de la vulneración de derechos fundamentales al establecer que “Esta cuestión podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o

comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia”.

En resumidas cuentas, el apartado segundo del precepto señala que se dará audiencia a las partes, se decidirá sobre la pertinencia de la prueba y esta decisión podrá recurrirse mediante un recurso de reposición que obtendría resolución en el mismo acto del juicio o comparecencia. Esto último, sin perjuicio del derecho que tendrán las partes a volver a plantear la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que pudieran interponer contra la sentencia definitiva.

Por lo que se refiere a la legislación procesal civil, que, como hemos señalado anteriormente, será de aplicación supletoria, el artículo 287 LEC establece que “Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.” El mismo precepto continúa señalando que la cuestión también podría ser apreciada de oficio y señala cómo debe resolverse, en términos similares a los que se anuncian en el artículo 90.2 LRJS.

3. La calificación del despido cuando ha intervenido prueba ilícita: convivencia en la doctrina y jurisprudencia de diversas tesis

3.1. Argumentos a favor de la calificación del despido como nulo: la ilicitud de la prueba implica la nulidad del despido

Un primer argumento a favor de la calificación del despido como nulo cuando la prueba en la que se ha fundamentado el mismo es ilícita se basa en la interpretación literal³³ del artículo 55.5 ET cuando señala 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.”

Este argumento pasaría por entender que cuando la norma hace referencia a la violación de derechos fundamentales no se refiere únicamente al motivo o móvil de la decisión extintiva,

³³ Gil Plana, J. (2014). La prueba ilícita y sus efectos en la calificación del despido. In *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis* (pp. 249-263). Bomarzo, pág. 251

sino también a la forma en la que se lleva a cabo el despido y, por lo tanto, los supuestos de prueba ilícita encontrarían cabida dentro del campo de aplicación del despido nulo.

En nuestra opinión, además de una interpretación literal, ya que el precepto hace referencia a que el despido “se produzca” con vulneración de derechos fundamentales y ello encajaría con la producción de la violación en fase de obtención de prueba, también es posible argumentarlo en base a efectuar una interpretación teleológica o finalista. Esta interpretación estaría amparada por el artículo 3.1 del Código Civil cuando señala que las normas se interpretarán “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. En este sentido, consideramos que la finalidad pretendida por el precepto es la protección efectiva de los derechos fundamentales del trabajador en fase de despido.

Otro modo de argumentar esta tesis consiste en defender que se da una conexión entre la finalidad con la que se utiliza esa prueba y la calificación del despido, lo que llevaría a que la ilicitud de la prueba comportase la posterior declaración de nulidad del despido. En este sentido, resulta bastante ilustrativa la postura defendida por Colás-Neila³⁴, quien remarca la importancia de entender que la prueba ilícita es el instrumento con el que se pretende acreditar la causa de despido, con lo que vicia de nulidad “el instituto jurídico al que se vincula”. Creemos que este es un argumento fundamental para poder sostener esta tesis debido a la existencia de una relación medio-fin entre la prueba ilícita y el despido disciplinario, que consideramos que torna insatisfactorio que se efectúe una desvinculación de los mismos tratándolos como compartimentos estancos. Además, el mismo autor junto con Yélamos Bayarri³⁵, pone de relieve que el artículo 11 LOPJ impide que se pueda disociar la obtención de la prueba y la calificación del despido.

También se ha argumentado la necesidad de que el despido sea calificado como nulo por entender que las consecuencias que comporta dicha calificación son las que permitirían el restablecimiento en la integridad del derecho fundamental lesionado³⁶. Esta postura se apoya en

³⁴ Colás-Neila, E. (2002) Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales: Sentencia TSJ de Madrid de 31 de enero de 2002 (AS 2002, 916). *Aranzadi social*, (1), 3189-3196

³⁵ Colás-Neila, E. y Yélamos Bayarri, E. (2018). Op. Cit., pág. 15

³⁶ Gil Plana, J. (2014). Op. Cit., págs. 255-256

el artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional³⁷ que hace referencia al “restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación”. Lousada Arochena³⁸ ha apuntado en este sentido que “el superior valor de los derechos fundamentales obliga a la plena reparación de la víctima”.

Asimismo, se ha fundamentado esta posición en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica sobre Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen³⁹ que indica que la tutela judicial comprenderá la adopción de medidas necesarias para “el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior”.

Creemos que estos son argumentos clave para defender esta tesis, ya que resulta más garantista y congruente con el papel de prevalencia de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, que nos lleva a que sea necesario velar por su reparación efectiva cuando son vulnerados. Todo ello se ve reforzado por la conexión que se da entre la obtención de la prueba y la posterior decisión.

Otro de los principales argumentos para defender la tesis de la nulidad ha sido la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado. En este sentido, se consideraría que la ilicitud de la prueba alcanza a la calificación del despido y que por ello este debe ser calificado como nulo y no como improcedente.

Para defenderlo se ha traído a colación en ocasiones la STC 196/2004, de 15 de noviembre que establece en el último párrafo de su fundamento jurídico undécimo la siguiente conclusión: “En consecuencia, al haberse invadido la esfera privada de la recurrente sin contar con habilitación legal para ello y sin consentimiento eficaz de la titular del derecho, actuando sin autorización sobre ámbitos que exigían una información expresa y previa al consentimiento, con vulneración por tanto del art. 18.1 CE, procedente ser el otorgamiento del amparo, debiendo recordarse que,

³⁷ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

³⁸ Lousada Arochena, J.F. (2006). Op. Cit.

³⁹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

según constante doctrina de este Tribunal (...) 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.”

No obstante, la aplicación de esta doctrina en estos supuestos no es clara, puesto que la misma se plantea en el ámbito de la obtención de la prueba y, principalmente, en el orden jurisdiccional penal, donde tampoco opera de forma absoluta, sino que se han ido incorporando una serie de excepciones.⁴⁰

Como hemos apuntado anteriormente, creemos que la doctrina de los frutos del árbol envenenado ha tenido acogida por la jurisprudencia española en el orden jurisdiccional penal. Sin embargo, consideramos que resulta bastante forzada su aplicación a la calificación del despido, puesto que esta doctrina se refiere a las fuentes de prueba.

Para Colás-Neila y Yélamos⁴¹ la aplicación de esta doctrina no resulta satisfactoria para justificar el despido nulo, si bien plantean otros argumentos para defender la tesis de la nulidad. Resulta interesante la perspectiva procesal que aportan para resolver la problemática, ya que destacan que tanto el artículo 90 LRJS como el artículo 287 LEC prevén un incidente contradictorio que permite discutir la ilicitud de la prueba, no solo en el momento de admisión probatoria, sino en fase de juicio, puesto que sostienen que en la sentencia debe resolverse sobre esta ilicitud (incluyendo todas sus consecuencias como la calificación del despido). También nos recuerdan que los tribunales ordinarios serían los garantes primeros de la CE y deben serlo a todos los efectos.

Respecto de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, encontramos resoluciones favorables a esta tesis. Destacaremos las siguientes a modo de ejemplo para analizar su argumentación.

⁴⁰ Gil Plana, J. (2014). Op. Cit., págs. 260-263

⁴¹ Colás-Neila, E. y Yélamos Bayarri, E. (2018). Op. Cit., págs. 13-19

Por un lado, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León número 407/2018, de 11 de abril señala que “la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador por parte de la empresa por la ilicitud de la prueba no solo implica que los hechos imputados en la carta de despido no hayan resultado acreditados, sino que nos introduce en el supuesto del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, en el cual se establece la calificación de nulidad del despido cuanto éste se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador que, en este caso, lo ha sido el derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española”.

Por tanto, esta resolución extiende los efectos de la ilicitud de la prueba a la nulidad del despido por entender que, al haberse vulnerado un derecho fundamental en la obtención de esta, nos encontramos en el supuesto del artículo 55.5 por producirse el despido con vulneración de derechos fundamentales en estos supuestos.

También nos gustaría destacar el razonamiento contenido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 2842/2019, de 4 de junio, que apunta 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”.

Vemos que esta decisión se hace eco de la STC 196/2004, de 15 de noviembre, defendiendo una eliminación absoluta de los efectos que pasaría por calificar el despido como nulo e implícitamente está haciendo referencia al argumento de que en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales es necesaria una reparación integral del daño.

3.2. Argumentos a favor de la calificación del despido como improcedente: desvinculación entre la obtención de la prueba y la calificación del despido

Para los defensores de esta segunda tesis la ilicitud de la prueba no lleva aparejada la calificación del despido como nulo. Uno de los principales argumentos de esta postura se basa en sostener que no existe una conexión entre la prueba ilícita y la calificación del despido como nulo. En este sentido, las pruebas declaradas ilícitas resultarían ineficaces, por lo que el despido no tendría causa y debería ser calificado como improcedente⁴².

Para sostener esta posición se trae a colación el artículo 55.4 ET, que indica 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”.

En relación con lo anterior, se argumenta por la doctrina que deben separarse dos conceptos distintos: la ilicitud de la fuente y la nulidad del despido, entre los cuales no existiría una conexión legislativa. Gil Plana⁴³ remarca que la vulneración del derecho fundamental en la obtención de la prueba y en el móvil del despido operan en planos distintos, por lo que habría un punto de coincidencia, pero no de conexión.

Para este autor, esta diferenciación también sirve para contra argumentar que pueda sostenerse la nulidad del despido porque exista una obligación legal de reparación del daño. En este sentido, apunta que al moverse en planos distintos la reparación de la lesión debe producirse en el ámbito en que se ha producido. Es decir, según esta óptica, si se ha vulnerado el derecho fundamental en la fase de obtención de prueba, la reparación debería consistir en expulsarla y, si se ha producido en el móvil, la reparación sería calificar el despido como nulo.

⁴² Partimos de la base en nuestro análisis de que no subsisten pruebas suficientes (una vez eliminada la prueba ilícita) para justificar la decisión extintiva, ya que facilita la exposición de argumentos. No obstante, esta tesis desvincula la ilicitud de la prueba con la nulidad del despido, por lo que podría declararse incluso procedente si subsistiesen pruebas suficientes.

⁴³ Gil Plana, J. (2014). Op. Cit., págs. 252-256

En palabras de Bohigues Esparza⁴⁴ “existe una clara separación entre la conducta atentatoria del derecho fundamental al obtener la prueba, y la decisión del despido en el que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental”.

Para apoyar esta tesis también se interpreta de forma literal el artículo 55.5 ET y se sostiene que un supuesto de vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba no tiene cabida en el móvil discriminatorio recogido por el precepto. En nuestra opinión, esta interpretación olvida que el precepto no se refiere únicamente al despido “que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley”, sino que señala que también será nulo el despido que “se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.

Otro argumento que se utiliza para apoyar esta tesis es la interpretación literal de los artículos 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS, al entender que de esta deriva que la prueba ilícita deba apartarse del proceso. Es decir, el único efecto sería la ineficacia de la prueba y no ulteriores consecuencias.⁴⁵

Esta tesis también ha encontrado acogida en los Tribunales Superiores de Justicia. A modo de ejemplo podemos destacar la argumentación de las siguientes resoluciones.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha número 1590/2018, de 30 de noviembre es bastante ilustrativa de esta postura al indicar en su razonamiento jurídico que “si el empresario ejerce su poder de control sin respetar los límites legales, la prueba así obtenida será ilícita, no pudiendo ser usada a efectos de acreditar la comisión de una conducta susceptible de ser sancionada con el despido, de lo que se derivaría la declaración de improcedencia del despido por falta de acreditación de la razón sustentadora del mismo, tal y como al efecto establece el art. 55.4 del ET, sin que resulte de aplicación el párrafo 5º del mismo precepto, ya que la nulidad del despido que en él se establece, lo es cuando el mismo tenga como móvil la vulneración de un derecho fundamental del trabajador.”

⁴⁴ Bohigues Esparza, M. D. (2021). La ilicitud de la prueba con vulneración de derechos fundamentales. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 61/2021 de 15 de marzo. *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, (2), 263-287, pág. 265

⁴⁵ Carbonel Murio, J. (2013). Efectos de la prueba ilícita en la calificación del despido. *II Edición del Premio Jóvenes Laboralistas*, pág. 5

Vemos, pues, que esta resolución pone énfasis en que el efecto de la prueba ilícita es su ineficacia. Descarta la aplicación del artículo 55.5 ET porque no considera el móvil del despido vulnerador de derechos fundamentales, mientras que opta por entender que se trataría de un despido acausal al que sería de aplicación el artículo 55.4 ET.

Otra resolución que hace referencia en su razonamiento a esta cuestión es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón número 460/2020, de 13 de octubre. En ella se reconoce que existen pronunciamientos contradictorios en la materia por parte de los diversos Tribunales Superiores de Justicia y admite que el Tribunal Supremo no se ha pronunciado todavía en recurso de casación para la unificación de doctrina.

No obstante, destaca la importancia del Auto del Tribunal Supremo número 4940/2018, de 24 de septiembre⁴⁶ donde no se aprecia contradicción entre dos sentencias (una sentencia que, pese a reconocer que en el supuesto había existido prueba ilícita, califica el despido como improcedente y otra sentencia en la que se declaraba la nulidad del despido cuando la prueba que lo fundamentaba se había obtenido con vulneración de los derechos fundamentales). En base a ello, el Tribunal concluye que hay que “atender a las circunstancias concretas del caso, sin que pueda aplicarse de forma automática el efecto de la nulidad por vulneración de derechos fundamentales de la prueba en la calificación del despido”.

Por lo tanto, esta resolución niega que en estos supuestos la consecuencia única y automática sea la nulidad. Establece, pues, una desconexión *a priori*, pero sin negar la posibilidad de analizar de manera casuística cuando aplicar una u otra consecuencia.

Nos gustaría hacer una última consideración. Si bien en este trabajo hemos adoptado la perspectiva de que una vez eliminada del proceso la prueba declarada ilícita, las restantes eran insuficientes (o bien no existían ulteriores pruebas) para fundamentar la decisión extintiva, conviene matizar que, cuando subsisten otras, muchos defensores de la tesis de la nulidad sostienen que en esos supuestos la ilicitud de parte de la prueba no siempre debería llevar aparejada la calificación como nula de la decisión extintiva.

⁴⁶ Este auto inadmite el recurso contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que da lugar a la STC 61/2021, de 15 de marzo, que posteriormente analizaremos.

Además, existen posiciones intermedias como la de Lousada Arochena⁴⁷, quien no considera que se pueda dar una solución general a esta problemática, sino que dependerá de las circunstancias concretas de cada caso particular y aboga por efectuar un “juicio de relevancia”.

3.3. Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021: la cuestión continúa abierta

3.3.1. Antecedentes de hecho e *iter* judicial del supuesto: breves consideraciones que enmarcan el objeto de debate

La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo tiene su origen en el despido disciplinario a una trabajadora. Para contextualizar, debemos tener en cuenta que la misma prestaba servicios por cuenta ajena para una empresa en la que se aplicaban normas de uso aceptable de los sistemas de información, de internet y del correo electrónico. Se decidió activar el protocolo de monitorización de su equipo informático al detectarse incumplimientos laborales y los datos arrojaron que empleaba el 30% de la jornada laboral a las tareas profesionales que tenía encomendadas (de lo que derivaba que dedicaba un 70% a no efectuar tareas o a asuntos personales). Si bien la trabajadora conocía las normas de uso aceptable, no tuvo conocimiento de la monitorización hasta que se le comunicó la instrucción del expediente disciplinario. Su comportamiento fue calificado de indisciplina, desobediencia y ofensa a sus superiores, transgresión a la buena fe contractual y abuso de confianza.

Debido a la monitorización, la trabajadora alegó en la demanda de despido que se habían visto vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad, a la intimidad y al secreto de comunicaciones, así como sus derechos a la integridad moral, al honor y a la propia imagen. Por ellos, solicitaba que se declarase la vulneración de estos derechos fundamentales y se calificase como nula la decisión extintiva o, de manera subsidiaria, como improcedente. Asimismo, requería una indemnización de 51.439,40 euros como consecuencia de los daños sufridos y el acoso recibido.

El Juzgado de lo Social estima de manera parcial la demanda y considera que se han vulnerado los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, así que decide

⁴⁷ Lousada Arochena, J.F. (2006). Op. Cit.

declarar nulo el despido. Además, concede una indemnización de 6.251 euros en base al artículo 183.1 LRJS, puesto que no aprecia acoso, pero sí una lesión a sus derechos fundamentales. Esta Sentencia considera que la monitorización del ordenador no fue justificada ni proporcionada, ya que la prueba se podía haber conseguido mediante vías que resultasen menos invasivas.

Tanto la trabajadora como la empresa recurrieron la resolución. La trabajadora se encontraba en desacuerdo con la desestimación de la indemnización por acoso laboral y la empresa solicitó que la prueba se calificase como lícita y, en su caso, el despido fuera calificado como procedente (o subsidiariamente como improcedente) y no como nulo.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima parcialmente el recurso formulado por la empresa en la Sentencia número 591/2018, de 13 de septiembre. Si bien considera que la prueba que se obtuvo mediante la monitorización del ordenador era ilícita, entiende que no se puede confundir el despido con violación de derechos fundamentales con la infracción de derechos fundamentales en la obtención de la prueba de los hechos en los que posteriormente se fundamenta la decisión empresarial. Por ello, argumenta que una vez se eliminan los hechos acreditados mediante la monitorización, los que subsisten no revisten la gravedad suficiente para que el despido pueda ser considerado como procedente, así que se decanta por la opción de la improcedencia. Además, deniega la indemnización porque considera que no se han vulnerado derechos fundamentales.

Ambas partes formularon recurso de casación para la unificación de doctrina y fueron inadmitidos. Posteriormente, la trabajadora formuló recurso de amparo contra esa inadmisión y contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

3.3.2. Decisión del Tribunal Constitucional: la tesis de la desvinculación tiene anclaje positivo en nuestro ordenamiento jurídico

El Tribunal Constitucional establece que se debe analizar si la interpretación del artículo 55.5 ET que apuesta por la tesis de la desconexión entre la ilicitud de la prueba y la calificación del despido contravendría el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en relación con los derechos a la intimidad (artículo 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE).

En la resolución se argumenta la inexistencia de un derecho constitucional a que el despido se califique como nulo, apuntando que no existe una “consecutividad lógica y jurídica” entre la lesión extraprocesal y la calificación del despido. Por tanto, descarta que la posición de la recurrente pueda ampararse en la vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, puesto que su lesión en la obtención de la prueba ya ha sido reconocida. Por este motivo, se centra en analizar el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva.

Hace una serie de consideraciones respecto de este derecho. Señala que el mismo exigiría que las resoluciones judiciales se funden en derecho y, para que así sea, la aplicación de la legalidad no puede resultar arbitraria ni manifiestamente irrazonada o irrazonable. No obstante, ello no incluiría un “derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales”, a no ser que afectase al contenido de otros derechos constitucionales distintos. Además, matiza que “la simple discrepancia de las partes con una resolución judicial”, aunque se fundamente en otra interpretación posible, no convierte una resolución en arbitraria o manifiestamente irrazonable ni obliga al Tribunal Constitucional a elegir cuál debería prevalecer.

Añade que la tesis nulidad no puede sostenerse en base a la STC 196/2004, de 15 de noviembre, ya que esta resolución y a las que hace referencia no se pronuncian sobre supuestos de prueba ilícita.

Razona que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha optado por una de las posibles interpretaciones. El Tribunal Constitucional considera que esta Sentencia no es el lugar adecuado para exponer los argumentos a favor y en contra de las diferentes posiciones que podemos adoptar frente a esta problemática. Argumenta que, a falta de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, nos encontramos ante una cuestión en la que existen abundantes resoluciones de los diversos tribunales superiores de justicia en uno y otro sentido. No obstante, señala que la tesis de la improcedencia “tiene anclaje positivo en nuestro ordenamiento jurídico”.

En la resolución también se plantea y se resuelve una segunda cuestión en la que se pregunta si desestimar la indemnización contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) desde la perspectiva del derecho a obtener una resolución motivada y razonada.

Sobre esta cuestión considera que efectivamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es incongruente, ilógica y contradictoria cuando argumenta que deniega la indemnización porque no ha existido vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, ya que la propia resolución reconoce que sí se han vulnerado estos derechos (por ello la prueba es ilícita). En este sentido, el Tribunal Constitucional señala que el artículo 183.1 LRJS “no hace depender el reconocimiento de la indemnización de la calificación del despido, sino del reconocimiento de que la trabajadora ha sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, y ello con independencia de la calificación del despido”.

3.3.3. Voto particular: la cuestión es controvertida en la propia sede del Tribunal

El voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón se encuentra en desacuerdo con la decisión mayoritaria, puesto que entiende que la ineficacia de la prueba ilícita debería conllevar que el despido se califique como nulo necesariamente.

Discrepa de que se trate una cuestión de legalidad ordinaria. Por el contrario, considera que forma parte de las competencias del tribunal, ya que no resulta indiferente la interpretación del artículo 55.5 ET. Lo argumenta en base a que este precepto hace referencia a discriminaciones contrarias a la Constitución y a la violación de derechos fundamentales y libertades públicas, así que considera que se trata de una “resolución judicial cualificada en razón de los derechos fundamentales a cuya efectividad sirve, en este caso, el precepto legal cuya interpretación discute la actora”. Remarca que estaba implicado un derecho fundamental, además del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que justificaría la aplicación de ese canon de constitucionalidad reforzada.

En el voto particular se considera que la distinción entre los casos en que la decisión extintiva vulnera un derecho fundamental y los supuestos en que la vulneración se ha efectuado en la fase de obtención de prueba resulta artificiosa e injustificada. Señala en este sentido que “no cabe hacer abstracción del método seguido para respaldar el despido, escindiéndolo de éste como si fueran actos separables, siendo así que presentan una unidad de acción y de intención”.

Otro argumento muy importante que trae a colación el voto particular es la necesidad de efectuar la interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales. No considera que la tesis de la improcedencia cumpla este papel, puesto que “degrada el valor y la importancia de los derechos fundamentales, cuya lesión, de admitir esa tesis, podría no llevar aparejada en muchos supuestos la inexcusable reacción reparadora”. Por el contrario, aboga por que el precepto se interprete en el sentido de que la vulneración pueda producirse en cualquier fase del proceso que da lugar a la decisión extintiva, ya que en su opinión se trata de “la exégesis del precepto más acorde con su efectividad”.

Para fundamentar su posición hace referencia a la STC 196/2004, de 15 de noviembre. Señala que, a diferencia del presente caso, en aquella Sentencia no se reconoció una vulneración de los derechos fundamentales en suplicación y esta fue declarada por el Tribunal Constitucional. No obstante, considera trasladable el efecto que se daba a la vulneración del derecho fundamental en aquella resolución. Además, considera que esa Sentencia se trataba de un supuesto de prueba ilícita que establece una doctrina sobre el modo de proceder, por lo que para cambiarla sería necesario pasar por el trámite de elevar el recurso al Pleno del Tribunal.

3.3.4. Algunas consideraciones respecto de la decisión del Tribunal Constitucional

Esta decisión ha levantado algunas críticas en la doctrina. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer⁴⁸ ha calificado esta decisión como un retroceso en la tutela de los derechos fundamentales y la ha relacionado con la polémica STC 97/2019, 16 de julio, respecto de la cual considera que ha degradado el valor y la importancia de la ilicitud de la prueba. Otra crítica que ha efectuado a la misma es que adopta una visión reduccionista del derecho a la tutela judicial efectiva cuando lo reconduce simplemente a que la resolución no resulte arbitraria. Además, remarca que la misma lo ha interpretado como un derecho prestacional, olvidando la idea de un proceso justo con todas las garantías.

⁴⁸ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2021). Prueba ilícita y nulidad del despido. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, (3), 13-26, pág. 20

En el mismo sentido, Casas Baamonde⁴⁹ también es muy crítica con la decisión del Tribunal Constitucional. Apunta a que no se puede reducir la problemática de la interpretación del artículo 55.5 ET a que no sea irrazonable, arbitraria ni incurra en error patente.

Además, en la misma línea que establece el voto particular, considera que la resolución ha llevado a cabo un cambio del canon de constitucionalidad hacia la legalidad ordinaria. Para ello se apoya en la STC 114/1984, de 29 de noviembre de la que extrae que no existiría un derecho constitucional a la calificación del despido como nulo. No obstante, la autora le recrimina a la resolución que “una cosa es el contenido esencial de un derecho fundamental, garantía frente al legislador democrático (art. 53.1 CE), y otra muy distinta la efectividad y eficacia de los derechos fundamentales frente a los demás poderes públicos y a los privados” y apunta que “no sigue en estas consideraciones a la STC 114/1984 para aplicarlas a la nulidad del despido”.

También en consonancia con el voto particular, sostiene que efectivamente sí existiría una “consecutividad lógica y jurídica entre la lesión extrajudicial de un derecho fundamental y la declaración de nulidad del despido”. Apunta que, además de existir numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional donde efectivamente se califica el despido como nulo por vulneración de algún derecho fundamental, la STC 196/2004, de 15 de noviembre estableció una conexidad entre la prueba ilícita vulneradora de derechos fundamentales y la calificación del despido.

Añade un argumento basado en la posición que ostenta el Tribunal Constitucional, ya que es también intérprete de la “constitucionalidad de la ley, o de la legalidad, y de su interpretación judicial”. Por este motivo, considera que este órgano, no podía dejar de pronunciarse cuando se está efectuando una “operación de reducción de la caracterización constitucional de los comportamientos lesivos de derechos fundamentales y de los despidos producidos por violación de derechos fundamentales, exigiendo un móvil en la lesión por quien la produce”.

Consideramos que efectivamente en el supuesto se ha adoptado una postura reductiva al abordar la cuestión, que no ha permitido entrar en el fondo de esta cuando estaba en juego la protección de los derechos fundamentales. Además, creemos que debería haber profundizado más en la

⁴⁹ Casas Baamonde, M. E. (2021). 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*, 1-19

existencia de la STC 196/2004, de 15 de noviembre para argumentar si realmente efectuaba un cambio de doctrina o justificar de manera más detallada por qué no considera que la misma sea aplicable a los supuestos de prueba ilícita.

Una problemática respecto de esta resolución que consideramos muy relevante es el efecto que pueda tener respecto de la interpretación que deba darse al artículo. En este sentido, Velasco Pardo⁵⁰ señala que “no parece que una alternativa distinta a la declaración de improcedencia tenga visos de prosperar en el futuro, especialmente cuando, en opinión de quien suscribe, la tesis de la improcedencia tiene mejora encaje en nuestro ordenamiento jurídico”.

En el mismo sentido se pronuncia Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer⁵¹ quien hace referencia al hecho de que, a pesar de que el Tribunal Constitucional elude la trascendencia constitucional de la problemática, corre el peligro de “sentar una doctrina legal de carácter unificador”.

En la misma línea, Bohigues Esparza⁵² concluye que, aunque el Tribunal Constitucional no se pronuncia expresamente, parece que se mueve en solución de separar o diferenciar la ilicitud de la prueba del despido cuando señala que no es irrazonable y no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

No obstante, no podemos olvidar que, tal como indica Romero Murillo⁵³, realmente esta resolución “supone dejar en manos de la jurisdicción ordinaria determinar los efectos de nulidad o improcedencia del despido en caso de prueba ilícita”.

⁵⁰ Velasco Pardo, B. (2021). Prueba ilícita y calificación del despido: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo. *Actualidad Jurídica (1578-956X)*, (56), pág. 233

⁵¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2021). Op. Cit., pág. 24

⁵² Bohigues Esparza, M. D. (2021). Op Cit., pág. 285

⁵³ Romero Burillo, A. M. (2021). Los efectos del despido acreditado mediante una prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales. *Revista de derecho laboral vLex*, 133-141, pág. 140

3.4. Análisis de la jurisprudencia posterior: la tesis de la nulidad continúa presente

Llegados a este punto analizaremos las resoluciones más recientes en las que se debate esta cuestión para evaluar el impacto que ha tenido la STC 61/2021, de 15 de marzo y como ha sido recibida por el resto de los tribunales en su razonamiento jurídico al abordar la problemática.

En primer lugar, encontramos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 798/2021, de 11 de mayo, que en su fundamento de derecho quinto subraya que la STC 61/2021, de 15 de marzo “señala que es una materia de legalidad ordinaria la calificación del despido y no se pronuncia sobre la idoneidad de ella, aunque avala la improcedencia del despido, pero entendiendo que esa calificación corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios”. Esta Sentencia opta por calificar el despido como nulo en base a ello y a la jurisprudencia más reciente del propio tribunal.

La resolución no obvia el hecho de que la Sentencia del Tribunal Constitucional está avalando la tesis de la improcedencia. Sin embargo, no entiende que esta sea la única interpretación posible. Por el contrario, remarca que este Tribunal ha establecido que se trata de una materia de legalidad ordinaria.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias número 649/2021, de 23 de junio en su fundamento de derecho segundo apunta que “la Doctrina del Tribunal Constitucional del contenido esencial de los derechos fundamentales a la intimidad, cuya lesión extraprocésal ha sido reconocida tanto por la sentencia de instancia, no puede ser ajena o indiferente a la decisión relativa a la calificación del despido máxime cuando existe una conectividad probada entre la cámara secreta cuestionada y el despido, a tenor de la literalidad de la misiva extintiva”.

No obstante, incorpora en su razonamiento la STC 61/2021, de 15 de marzo respecto de la cual destaca que “descarta que se haya incurrido en vulneración del art. 24 CE por el hecho de desvincular la nulidad del despido de la prueba obtenida con vulneración de Derechos Fundamentales”.

Sin embargo, mantiene la calificación del despido como nulo, puesto que indica que con la colocación de una cámara de manera secreta para detectar incumplimientos laborales se estaba

vulnerando el derecho fundamental a la intimidad y ello dio lugar posteriormente al despido (en la carta de despido se mencionaba la cámara) por lo que señala que esta vulneración “nos lleva necesariamente a declarar también la nulidad del despido, por clara conectividad con las imágenes captadas con la cámara secreta”.

Lo justifica alegando que “los derechos fundamentales no pueden interpretarse de forma aislada o inconexa, especialmente cuando derivado de su vulneración se toman decisiones con impacto en la relación laboral (despido). Tales derechos fundamentales abarcan no solo su 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 (STC 114/1984).” Por todo lo expuesto concluye que “en base a tal conectividad real, aunque no procesal, esta Sala considera que el despido debe ser, consecuentemente declarado nulo, a tenor de lo previsto en el art. 55.5 del ET en relación con el art. 18.1 CE, y ello con los efectos jurídicos inherentes a tal calificación jurídica del despido”.

Como podemos observar, esta resolución efectúa una mención expresa al hecho de que la tesis de la desvinculación de la prueba ilícita y la calificación del despido no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, apuesta por la tesis de la nulidad y ello en base principalmente al argumento de que existe una conexión entre la vulneración en la obtención de la prueba y el despido.

Optando por una postura diferente a la anterior, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria número 482/2021, de 25 de junio en su fundamento de derecho segundo hace referencia a que la prueba ilícita “es nula y completamente ineficaz, por lo que debe apartarse del proceso”. Tras ello, y mencionando la decisión del Tribunal Constitucional, señala que “la nulidad de estas pruebas y su completa ineficacia en el marco de un proceso disciplinario no siempre conlleva su calificación como despido nulo por tal causa”. Haciendo referencia a “por tal causa” a la vulneración de derechos fundamentales.

De este pronunciamiento podemos extraer que de forma sucinta se está utilizando la STC 61/2021, de 15 de marzo para fundamentar la tesis de la desconexión, es decir, como un argumento más para reforzar que no necesariamente el despido ha de calificarse como nulo en estos supuestos.

Otra resolución de interés es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 3549/2021, de 5 de julio, que en su fundamento de derecho tercero enfatiza que el Tribunal Constitucional reconoce que “existen sobre la cuestión de la nulidad del despido derivada de la existencia de una única prueba (directa o indirectamente ilícita) diversas posturas todas ellas igualmente respetuosas con la tutela judicial efectiva”. Por lo que concluye que este “reconoce la existencia de disparidad doctrinal sobre las consecuencias del despido derivado de una única prueba ilícita y la válida, por considerarla respetuosa de la tutela judicial efectiva.” Tras estas consideraciones, el Tribunal da argumentos a favor de la nulidad del despido haciendo referencia a como ha resuelto la cuestión en pasadas ocasiones.

Vemos que esta decisión pone énfasis en el hecho de que la STC 61/2021, de 15 de marzo reconoce y admite la existencia de pronunciamientos y posturas dispares respecto de la problemática planteada, señalando que todos estarían en consonancia y de acuerdo con el derecho a la tutela judicial. Utiliza esta diversidad para admitir la validez de la aplicación de la tesis de la nulidad, que es la que sostiene la resolución.

Por otro lado, la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Zamora número 261/2021, de 20 de septiembre en su fundamento de derecho tercero apunta que “aunque fuere incuestionable que la prueba ha sido obtenida de forma ilícita, violentando derechos fundamentales, no es automática la calificación del despido como nulo, ex art. 55.5 ET. Procedería esta calificación si el despido acordado por la empresa pretendiera la vulneración de derechos fundamentales, no cuando, como sucedería en este caso, para justificar la procedencia del despido, el empresario obtiene de forma ilícita pruebas, y para obtenerlas habría violado derechos fundamentales. Si ocurre esto, se eliminaría la prueba obtenida de forma ilícita, limitándose la controversia, al examen de las pruebas idóneas sobre la realidad de las infracciones que al trabajador se le imputan.”

Para reforzar su postura, apunta que “El Tribunal Constitucional, sentencia 61/2021 y Nota informativa 32/2021 de la oficina de prensa, descarta que la nulidad de la prueba obtenida con la violación del derecho a la intimidad deba llevar aparejada la calificación del despido como nulo.”

Por lo tanto, en esta resolución se defiende la tesis de la desconexión partiendo de que se debe diferenciar la prueba ilícita del despido nulo por vulneración de derechos fundamentales y para

justificar este razonamiento menciona la STC 61/2021, de 15 de marzo, puesto que hace referencia a que la misma descarta que la ilicitud de la prueba conlleve la nulidad del despido.

Siguiendo una línea muy similar a la anterior resolución, encontramos la Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Valladolid número 238/2021, de 20 de septiembre, que en su fundamento de derecho quinto refuerza su argumentación con ayuda de la STC 61/2021, de 15 de marzo señalando que “su declaración de improcedencia no vulneraba derechos fundamentales, pues la interpretación de la legalidad ordinaria realizada por la sentencia impugnada, donde se desvincula la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales de la calificación del despido, no es arbitraria ni manifiestamente irrazonable, añadiendo que del contenido esencial de los derechos fundamentales a intimidad y al secreto de las comunicaciones no dimana un derecho subjetivo a la calificación del despido laboral como nulo”.

Vemos que se vale de la decisión del Tribunal Constitucional como un apoyo para defender la tesis de la improcedencia en base a la validez de esta que se desprende de la resolución, así como a la ausencia de un derecho a la calificación del despido como nulo.

Consideramos que del análisis de estas resoluciones podemos extraer que la tesis de la nulidad continúa vigente y es aplicada por los tribunales, sin que el hecho de que el Tribunal Constitucional avalase la tesis de la improcedencia haya desbancado la presencia de otros posibles razonamientos.

Las sentencias que optan por la tesis de la nulidad ponen el foco en el hecho de que el Tribunal Constitucional no entra a resolver la cuestión dando argumentos sobre las diversas interpretaciones, por lo que puede sostenerse que se trata de una materia de legalidad ordinaria que, como tal, procede a la jurisdicción ordinaria resolver. Además, enfatizan que la misma se hace eco de la existencia de pronunciamientos dispares en la materia.

No obstante, no podemos obviar que existen resoluciones que incorporan en su razonamiento la STC 61/2021, de 15 de marzo como un argumento más a favor de la tesis de la improcedencia, ya que efectivamente el Tribunal Constitucional ha establecido que la misma no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y que tiene anclaje positivo en nuestro ordenamiento.

En definitiva, podemos constatar que los tribunales extraen lecturas diversas de la resolución que en la práctica comportan que podamos seguir hablando de la coexistencia de diversas tesis respecto de la interpretación del artículo 55.5 ET.

Conclusiones

En base al objeto de estudio abordado en este trabajo, a los objetivos planteados al inicio y teniendo en cuenta todo lo establecido en las anteriores páginas, procedemos a formular las siguientes conclusiones:

- Las distintas calificaciones del despido disciplinario conllevan aparejados unos efectos con importantes diferencias, puesto que solo en el caso de la nulidad la consecuencia será necesariamente que nazca el derecho a ser readmitido. Ello reafirma la importancia que tiene en la práctica la respuesta que se le dé a esta cuestión y la necesidad de que se aborde de una manera razonada y motivada.
- La prueba ilícita cobra un papel destacado en el ámbito de acreditación de la causa de despido, puesto que opera como un límite al poder del empresario. La decisión extintiva de la relación laboral puede ser considerada como una de las manifestaciones más grandes de poder por parte del empresario, pero no debemos olvidar la necesidad de que esta facultad se compagine con el respeto y la salvaguarda de los derechos fundamentales del trabajador, así como su reparación cuando se vean vulnerados. Los derechos que por su propia naturaleza son más susceptibles a esta vulneración son algunos de los recogidos por el artículo 18 CE: derecho al honor, derecho a la intimidad personal y familiar, entre otros.
- La dificultad en el abordaje de esta problemática radica en que en la calificación del despido las instituciones sustantivas y procesales se acaban confundiendo y mezclándose. Si bien podemos hablar, por un lado, de la causa del despido y, por otro lado, de los medios de prueba de forma separada, en la práctica se produce una conexión que nos lleva a preguntarnos qué efectos debe tener la ilicitud de la prueba en la calificación del despido.
- Respecto de los efectos que debe tener la ilicitud de la prueba en la calificación del despido, se plantean fundamentalmente dos tesis: una primera posición defiende que el hecho de que se determine en un caso concreto que la prueba sobre la que se sustentaba la acreditación de la decisión extintiva es ilícita debe conllevar de manera necesaria la calificación del despido como nulo, mientras que una segunda postura es partidaria de

separar la ilicitud de la prueba de la posterior calificación del despido, de manera que el único efecto que conllevaría la prueba ilícita es que la misma fuese ineficaz, así que el despido quedaría sin causa⁵⁴ y, por lo tanto, recibiría la calificación de improcedencia.

- No existe en la regulación una respuesta clara a la problemática actualmente. Sin embargo, pueden darse argumentos de peso para sostener ambas tesis que encuentran sustento en la interpretación que se efectúe de diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico y que podemos ver plasmados tanto en la doctrina como en las resoluciones de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia.
- Sin perjuicio de lo establecido en el punto anterior, creemos que la tesis de la nulidad es la que tiene mejor encaje con la literalidad y el sentido del artículo 55.5 ET. Además, aunque su defensa desde la óptica de la doctrina de los frutos del árbol envenenado resulta forzada y puede recibir diferentes críticas, subsisten otros muchos argumentos para poder apoyarla y sostenerla, de los que nos gustaría destacar la prevalencia de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento y el papel que ostentan los tribunales para velar por su protección, así como la conexión que puede establecerse entre la ilicitud de la prueba y la calificación del despido. Por lo tanto, aunque pensamos que existen razones que permiten apoyar ambas tesis y a la vez ambas resultan imperfectas, nos decantaríamos por la tesis de la nulidad. Si bien, en muchos supuestos creemos necesario efectuar un análisis casuístico de las concretas circunstancias del caso, especialmente cuando junto con la prueba ilícita subsistan otras.
- El Tribunal Constitucional tiene ocasión en la STC 61/2021, de 15 de marzo de pronunciarse sobre esta problemática. No obstante, en esta resolución se adopta una postura reduccionista que no permite entrar en el fondo de la cuestión. Consideramos, en consonancia con el voto particular de la misma, que la problemática no era ajena a las competencias del Tribunal Constitucional, ya que la interpretación del artículo 55.5 ET tiene importantes implicaciones para la tutela de los derechos fundamentales.
- El Tribunal Constitucional, aunque no entre en analizar las diferentes tesis que surgen como respuesta a la problemática, hace referencia a la existencia en la práctica judicial de esta diversidad de pronunciamientos que dan respuesta a la cuestión en sentidos

⁵⁴ Como ya hemos señalado en otros momentos del trabajo, entendemos que no subsistirían otras pruebas para acreditar el despido o que de subsistir no serían suficientes para considerar el despido como procedente.

diferentes y opuestos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional afirma que la tesis de la desconexión no es vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva y que la misma tiene anclaje positivo en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, podemos señalar que está reconociendo la validez de esta postura. Esto podría traer como consecuencia que la tesis de la nulidad quedase apartada del razonamiento posterior de los tribunales y, aún sin entrar el Tribunal Constitucional en el fondo de la cuestión, sentase una doctrina unificadora al validar la tesis de la improcedencia.

- Del análisis de las resoluciones posteriores a la STC 61/2021, de 15 de marzo que deben enfrentarse a esta problemática, podemos concluir que extraen lecturas diversas de la resolución del Tribunal Constitucional cuando la incorporan en su razonamiento jurídico. Mientras existen pronunciamientos que utilizan la resolución para reforzar la tesis de la desvinculación, otras resoluciones ponen el foco en que la Sentencia se hace eco de la diversidad de opiniones en la materia para continuar manteniendo la tesis de la nulidad. Por lo tanto, no podemos establecer que la STC 61/2021, de 15 de marzo haya acabado con esta tesis.
- La STC 61/2021, de 15 de marzo sirve para dar respuesta a la duda interpretativa que suscitaba el artículo 183.1 LRJS, dejando claro que la indemnización prevista por el precepto para la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas es independiente de la calificación del despido y procederá, por tanto, aunque el mismo no se califique como nulo.
- El Tribunal Constitucional deja la puerta abierta en su resolución a que en un futuro pudiera ser el Tribunal Supremo quien se encargue de resolver la cuestión unificando la doctrina cuando hace referencia en su razonamiento jurídico a la “falta de un pronunciamiento del máximo intérprete de la legalidad ordinaria”. No obstante, actualmente carecemos de una resolución de la cuestión por parte de este, aunque cabe tener en cuenta que ya inadmitió el recurso de casación para la unificación de doctrina que se interpuso contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que es la misma resolución contra la que se formula recurso de amparo por la trabajadora y ha dado lugar a la resolución del Tribunal Constitucional examinada.

Bibliografía

- Andino López, J.A. (2017). La doctrina de los frutos del árbol prohibido. *Diario La Ley*, (8943)
- Baviera Puig, I. (2008). Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1(12), 75-93
- Baylos Grau, A., Cruz Villalón, J. y Fernández López, M. F. (1995). *Instituciones de derecho procesal laboral*. Trotta
- Bohigues Esparza, M. D. (2021). La ilicitud de la prueba con vulneración de derechos fundamentales. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 61/2021 de 15 de marzo. *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, (2), 263-287
- Cabezas Lefler, F. (2020). Obtención de la prueba y vulneración de derechos fundamentales. Prueba nula... ¿despido nulo?. *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, (211), 34-45.
- Cachón Cadenas, M. J. (2021). *Introducción al enjuiciamiento civil*. Madrid: Atelier
- Carbonel Murio, J. (2013). Efectos de la prueba ilícita en la calificación del despido. *II Edición del Premio Jóvenes Laboralistas*
- Casas Baamonde, M. E. (2021). 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*, 1-19
- Colàs-Neila, E. (2002) Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales: Sentencia TSJ de Madrid de 31 de enero de 2002 (AS 2002, 916). *Aranzadi social*, (1), 3189-3196.
- Colàs-Neila, E. y Yélamos Bayarri, E. (2018). 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 Josep de Quintana Pellicer, Mar Mirón Hernández y Francisco Pérez Durán (Dir.), *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves Tecnologies i relacions laborals*, 255-283
- Fernández López, M. F. (2012). *Los procesos especiales en la jurisdicción social*. Bomarzo
- Fita Ortega, F. L., Altés Tárrega, J.A. (2021). Las consecuencias de la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales (a propósito de la STC 61/2021 de 15 de marzo de 2021). *Net 21* (4)
- García Perrote Escartín, I. (2020). *Manual de derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch

- Gil Plana, J. (2014). La prueba ilícita y sus efectos en la calificación del despido. In *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis* (pp. 249-263). Bomarzo
- Lefebvre, F. (2021). *Memento práctico social, 2020-2021*. Madrid: Francis Lefebvre
- López Guerra, L., Espín Templado, E., García Morillo, J., Pérez Tremps, P. y Satrústegui, M. (2018). *Derecho Constitucional Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch
- López López, J. (2012). Elementos de definición del modelo de relaciones laborales por las normas de OIT y comunitarias: la desestabilización por la Reforma Laboral (2012). *Revista de derecho social vLex*, (57), 37-50
- Lousada Arochena, J.F. (2006) La prueba ilícita en el proceso laboral. *Aranzadi social*, (11), 825-838
- Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J. (2020). *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos
- Miranda Estrampes, M. (2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista catalana de seguretat pública*, 131-151
- Nieva Fenoll, J. (2019). *Derecho procesal I: Introducción*. Valencia: Tirant lo Blanch
- Nores Torres, L.E., Esteve Segarra, A. y Goerlich Peset, J.M. (2019) *Curso de derecho procesal laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch
- Picó i Junoy, J. (2007). Alcance de la prueba ilícita en la LEC. *Justicia: revista de derecho procesal*, (3), 122-124
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2021). Prueba ilícita y nulidad del despido. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, (3), 13-26
- Romero Burillo, A. M. (2021). Los efectos del despido acreditado mediante una prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales. *Revista de derecho laboral vLex*, 133-141
- Velasco Pardo, B. (2021). Prueba ilícita y calificación del despido: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo. *Actualidad Jurídica (1578-956X)*, (56)

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional número 114/1984, de 29 de noviembre, ECLI:ES:TC:1984:114
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 88/2004, de 10 de mayo, ECLI:ES:TC:2004:88
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 121/2004, de 12 de julio, ECLI:ES:TC:2004:121
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 196/2004, de 15 de noviembre, ECLI:ES:TC:2004:196
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social, número 407/2018, de 11 de abril, ECLI:ES:TSJCL:2018:1431
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, número 591/2018, de 13 de septiembre, ECLI:ES:TSJM:2018:10545
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, Sala de lo Social, número 1590/2018, de 30 de noviembre, ECLI:ES:TSJCLM:2018:2819
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, número 2842/2019, de 4 de junio, ECLI:ES:TSJCAT:2019:4613
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 97/2019, de 16 de julio, ECLI:ES:TC:2019:97
- Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, número de recurso 4940/2018, de 24 de septiembre de 2019, ECLI: ES:TS:2019:10641A
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, número 460/2020, de 13 de octubre, ECLI:ES:TSJAR:2020:1111
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 61/2021, de 15 de marzo, ECLI:ES:TC:2021:61
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, número 798/2021, de 11 de mayo, ECLI:ES:TSJPV:2021:1542
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social, número 649/2021, de 23 de junio, ECLI:ES:TSJICAN:2021:2208
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, número 482/2021, de 25 de junio, ECLI:ES:TSJCANT:2021:386
- Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Zamora número 261/2021, de 20 de septiembre, ECLI:ES:JSO:2021:5612

- Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Valladolid número 238/2021, de 20 de septiembre, ECLI:ES:JSO:2021:6458

Normativa

- Constitución Española.
- Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.