

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)

FERNANDO LUIS FITA ORTEGA

JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA

NET₂₁ NÚMERO 4, JUNIO 2021

Uno de los principales debates judiciales, por su trascendencia práctica, es el de la determinación de los efectos de la prueba ilícita cuando se ejerce en un proceso de despido. La dispar doctrina judicial existente requiere una intervención unificadora que la STC 61/2021 ha eludido, al entender que queda al margen de su competencia, con la oposición de la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón expresada en un voto particular discrepante con el fallo.

1.- STC 61/2021: Los hechos motivadores del despido y la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

Los antecedentes de hecho recogidos en la sentencia del Juzgado de lo Social muestran una relación que revestía cierta tensión entre la trabajadora y el personal directivo de la empresa, como consecuencia de los objetivos de productividad exigidos y los resultados obtenidos, habiéndose producido algún desencuentro entre la trabajadora y el personal directivo de la empresa por ello.

En la empresa demandada regía la política de uso aceptable de los sistemas de información, de internet y del correo electrónico que era conocida por la trabajadora, quien sabía que la empresa podría realizar las auditorías y accesos que estimase necesarios para verificar y determinar el correcto uso de los dispositivos tecnológicos, indicando que los trabajadores no debían tener expectativa de intimidad alguna en relación con la información almacenada en el ordenador o que fuese emitida y comunicada a través de los sistemas de información de la empresa. En todo caso, el uso de las

herramientas informáticas para fines ajenos a la actividad del trabajador se admitía, excepcionalmente, limitándose cualquier uso comercial, lúdico o personal a "un uso necesario, mínimo y razonable".

Ante la productividad deficiente de la trabajadora, y en vista de ciertos comentarios de compañeros de trabajo acerca de la deficiente atención de la trabajadora a sus obligaciones laborales, la empresa decidió monitorizar durante tres días su ordenador, para comprobar en qué empleaba su tiempo de trabajo, esto es, cuál era su dedicación al trabajo, accediendo la empresa a correos electrónicos de la trabajadora, ajenos a sus cometidos laborales, enviados a familiares y a su asesora legal, llegando a conocer no solamente a sus destinatarios, sino también su contenido. Este control se consideró desproporcionado en instancia y también en el recurso de suplicación, declarando ilícita la prueba.

En la carta de despido, que se da por reproducida en la sentencia de instancia, pero se reproduce parcialmente en la de suplicación, se alegan como infracciones motivadoras del despido:

- Comportamiento incomprensible e inasumible por parte de la Dirección, que intentó adaptarse a las peticiones de la trabajadora *con el fin de procurar un buen clima laboral y evitar su desmotivación y descontento, sin haber encontrado por su parte ni la más mínima reciprocidad o diligencia profesional.*
- Disminución de rendimiento, pues a raíz de aquella monitorización, se comprobó que la trabajadora dedicaba en torno a un 30% de su jornada laboral a labores profesionales, empleando el 70% de la jornada restante a solventar cuestiones del arribito de su esfera personal o, sencillamente, a no realizar labor alguna.
- Desobediencia, pues ante la asignación de tareas a la trabajadora, ésta supuestamente se negó a asumirlas (FJ cuarto de la SJS).
- Indisciplina, pues se imputa a la trabajadora su negativa a realizar comentarios a su evaluación de 2016 y propuesta de tareas, lo que, sin embargo, no se admite en la sentencia de instancia, pues finalmente sí lo hizo y, en todo caso, se considera que la conducta no reviste la gravedad suficiente para justificar el despido.

- Falta de respeto a los compañeros, conducta beligerante, retadora y ofensiva, así como, que es desestimada como causa justificativa de despido por su falta de concreción.

2.- La cuestión objeto de debate y la identificación del derecho fundamental que debe servir para su valoración.

La doctrina seguida por la STSJ de Madrid de 13 septiembre (Recurso de Suplicación nº. 351/2018) acerca de la diferenciación entre el despido con violación de derechos fundamentales, del despido con infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba -que, si bien no es seguida de forma unánime por la doctrina de suplicación, sí lo es de forma mayoritaria-, plantea problemas evidenciados en esta misma sentencia y que no resuelve la STC 61/2021, por entender que se trata de una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria que corresponde, en buena parte, al Tribunal Supremo. Esto es, se trata de determinar cuáles son las consecuencias de un despido en el caso de que se haya obtenido una prueba vulnerando de derechos fundamentales, tanto respecto de su calificación como de la eventual indemnización que pudiera corresponder.

Una primera ayuda para determinar las consecuencias de la obtención de prueba con vulneración de derechos fundamentales sobre la calificación del despido la ofrece el Ministerio Fiscal en sus argumentaciones vertidas en esta sentencia. De este modo, el Ministerio Fiscal diferencia estos casos de aquellos otros en los que se trata de despidos efectuados con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales, situación para nada asimilable al tema que se aborda, que no es otro que el determinar las consecuencias de una decisión extintiva basada en incumplimientos contractuales conocidos o probados con vulneración de derechos fundamentales. Dicha precisión la efectúa como consecuencia de que la demandante en amparo invoca las sentencias SSTC 92/2008, de 21 de julio (no discriminación por razón de maternidad), y 125/2018, de 26 de noviembre (derecho a la participación política), sentencias del TC en las que el asunto se refiere al despido de trabajadores en el ejercicio de sus derechos fundamentales que se ven directamente afectados por a decisión extintiva.

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

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

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

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

Lo debatido en la STC 61/2021, pues, no es otra cosa que los efectos de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales en el proceso por despido. El punto de partida del TC consiste en que no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo, de tal manera que cabe afirmar que no puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una "consecutividad lógica y jurídica. Es por

este motivo por el que la demanda de amparo se analiza a la luz del artículo 24 CE (tutela judicial efectiva) y no en virtud del artículo 18.3 del mismo texto (secreto de las comunicaciones) pues no cabe concluir que la irregularidad de un acto procesal resulte atentatoria, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. [...], pues de acogerse tal tesis debería concluirse que *el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos.*

Como consecuencia de ello, la sentencia solamente valora si la sentencia de suplicación incurre en una interpretación que resulte arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, de modo que no pueda considerarse fundada en Derecho, lesionándose así, el derecho a la tutela judicial.

El TC considera que no es arbitraria ni manifiestamente irrazonable la interpretación de que, en el caso de que se acredite en el procedimiento laboral que una fuente de prueba utilizada para justificar el despido se ha obtenido vulnerando derechos o libertades fundamentales, dicha ilicitud solamente produce como efecto su expulsión del acervo probatorio, sin que dicha exclusión probatoria pueda afectar a la calificación del despido, que será declarado improcedente o procedente en función de que existan o no otras pruebas. Estima el TC que la opción entre esta opción interpretativa, o aquella otra según la cual la ilicitud de la prueba debe proyectarse sobre la calificación del despido, de tal manera que éste debe ser declarado nulo, es una cuestión que debe ser resuelta por el Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria.

Por lo que se refiere a la necesidad de fijar una indemnización a la vulneración de un derecho fundamental, ésta fue reconocida en la sentencia de instancia, que calificó nulo el despido (SJS Juzgado de lo Social de Madrid nº. 453/2017 de 17 de noviembre) pero en recurso de casación fue desestimada, entendiéndose que el despido fue improcedente, al considerar que la indemnización se había vinculado *tanto en la demanda como en la sentencia, a la existencia de una vulneración por la empresa de derechos fundamentales de la trabajadora y como tal lesión no ha existido (no hay prueba del acoso laboral y el despido ha sido calificado de improcedente), no procede indemnización alguna.* Entrando a valorar esta circunstancia el TC en función del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva de derecho a obtener una respuesta motivada y razonada, concluye que, dado

que en la demanda laboral que dio inicio al procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, la recurrente de amparo solicitó una indemnización de 51.439,4 € por los daños materiales y morales producidos por la intromisión ilegítima producida, considera vulnerado el artículo 24CE, pues el argumento utilizado en la STSJ para denegar la indemnización (afirmar que no ha existido vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora), debe ser calificado de incongruente, ilógico y contradictorio, pues la propia sentencia reconoce, al analizar la ilicitud de la prueba, que se vulneraron los derechos fundamentales de la trabajadora en su obtención.

3.- Juicio crítico sobre la sentencia y propuestas de interpretación de los temas abordados.

Respecto de los dos pronunciamientos del TC cabe realizar algunas valoraciones y propuestas que eviten ulteriores conflictos.

Así, en relación con la prueba ilícita se plantean tres interpretaciones posibles en relación con sus efectos en un procedimiento de despido.

En primer lugar, como defiende la demandante y el voto particular de la sentencia, que la nulidad de la prueba contamina también el despido, es decir, cuando la actuación empresarial para probar un incumplimiento contractual vulnera un derecho fundamental, la nulidad no puede limitarse a la prueba en el proceso, ya que esta conducta empresarial se enmarca de lleno en el art. 55.5 ET. Nos encontraríamos ante una decisión disciplinaria viciada de inconstitucionalidad, que no puede solventarse en el proceso mediante la declaración de improcedencia y la correspondiente indemnización.

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

Y, en tercer lugar, como aplica el Juzgado de lo Social y entiende el Ministerio Fiscal que la nulidad de la prueba determinara la del despido, cuando esta sea la única prueba o el resto de pruebas aportadas no resulten acreditadas o no revistan la gravedad necesaria para avalar el despido, por lo que en caso de existir dichas otras pruebas el despido sería declarado procedente. En todo caso, nos parece que el argumento jurídico empleado por el Ministerio Fiscal no es admisible, pues el último párrafo del artículo 55.5 ET se refiere a los supuestos de protección objetiva recogidos en las letras a), b) y c) de este artículo, otorgando una especial tutela a supuestos en los que un despido por motivos relacionados con la maternidad, paternidad o los derechos de ella derivados, así como de los reconocidos a las trabajadoras víctimas de violencia de género.

En nuestra opinión, en nuestro ordenamiento jurídico, tiene mejor encaje la tesis de la improcedencia. En primer lugar, porque la jurisprudencia penal que ha inspirado las interpretaciones laborales es cada vez más restrictiva en relación con el alcance reflejo de la prueba ilícita. En segundo lugar, porque desde instancias judiciales internacionales parece seguirse este camino. En este sentido, la STEDH de 9 de enero de 2018, Caso López Ribalda (I) aunque anula una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales (una videovigilancia encubierta) y condena al Estado español a indemnizar a las demandantes, considera procedentes los despidos al existir otras pruebas que confirmaban el incumplimiento laboral. Y, en tercer lugar, porque así lo avala el diseño del proceso laboral. En este sentido no está de más recordar que el art. 90.2 LJS establece que no se admitirán las pruebas en cuya obtención se hubiera producido una violación del derecho fundamental, es decir, aunque ciertamente en muchas ocasiones se resuelve sobre su ilicitud en la sentencia, lo “normal” debería ser que se resolviera con anterioridad a la fase de práctica de la prueba, continuando el procedimiento sin la misma, por lo que cuando sea la única prueba los efectos serán los del despido sin causa.

Habiéndose eliminado de nuestro ordenamiento el despido nulo por fraude de ley y, por tanto, encontrándonos en un régimen de despido libre indemnizado, donde el despido sin causa conlleva declaración de improcedencia salvo en los casos previstos en el artículo 55.5 ET, no parece que quepa otra alternativa interpretativa.

Ahora bien, también queremos introducir una matización. Así, sin llegar a posicionarnos en la tercera de las interpretaciones señaladas que entiende

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

En cualquier caso, dado que estas tres interpretaciones no resultan arbitrarias ni quedan fuera del marco constitucional, resulta necesario un pronunciamiento del Tribunal Supremo que fije la interpretación de la normativa aplicable o, en aras de la seguridad jurídica, una intervención legislativa que clarifique el alcance de la prueba ilícita.

En relación con el segundo pronunciamiento debemos hacer también alguna precisión. Ciertamente, compartimos la solución del Tribunal Constitucional. En atención al art. 182.1.d LJS, la violación de un derecho constitucional conlleva, *“según las pretensiones concretamente ejercitadas”*, el establecimiento de una indemnización reparadora en los términos del art. 183 LJS. En consecuencia, parece que la indemnización es una consecuencia automática derivada de la lesión, siempre y cuando se solicite la misma en la demanda. Sobre esta base y dado que en instancia aparece en el suplico dicha solicitud de la indemnización referida a los derechos fundamentales violados, para el Tribunal no resulta congruente que el TSJ desestimara la fijación de una indemnización, cuando al tiempo reconoce que la monitorización del ordenador ha dado lugar a una prueba lícita por violación de derechos fundamentales.

Ahora bien, el TSJ actúa así porque entiende que la indemnización se había vinculado a una vulneración de los derechos de los trabajadores como consecuencia del despido, por lo que deberíamos preguntarnos qué hubiera pasado si el Tribunal Constitucional hubiera entendido que no existe una solicitud de indemnización en relación con la vulneración del derecho fundamental en la obtención de la prueba. De hecho, el fallo de la sentencia de instancia es el típico de una sentencia de despido nulo: condena a la

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

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